

Marjolaine Jakob

Die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von T. Domej, G. Godenzi, U. Haas, F. Uhlmann

Marjolaine Jakob

**Die Prozessführungsbefugnis
ausländischer Insolvenzverwalter**

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Diese Reihe setzt zusammen mit den

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Zürcher Studien zum Privatrecht

Zürcher Studien zum Strafrecht

Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte

Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

die Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft fort.

Abdruck der der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich vorgelegten Dissertation.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7785-9

www.schulthess.com

© Fotografie: Frank Mäder, 2008

Für Alexander

Vorwort

Mein erster Dank gilt meinen «Doktoreltern» *Rechtsanwalt Prof. Dr. Felix Dasser, LL.M.* sowie *Prof. Dr. Tanja Domej* für die Übernahme der Betreuung meiner Dissertation und die mir bei der Bearbeitung des Themas gewährte akademische Freiheit. Bei *Prof. Dr. Tanja Domej* möchte ich mich insbesondere auch für die schöne, wertvolle und lehrreiche Assistentenzeit bedanken.

Danken möchte ich auch dem *Schweizerischen Nationalfonds* für die Förderung des am Lehrstuhl für Zivilverfahrensrecht, Privatrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (*Prof. Dr. Tanja Domej*) durchgeführten Projektes «Handlungsbefugnisse ausländischer Insolvenzverwalter in der Schweiz», in dessen Rahmen die vorliegende Arbeit verfasst wurde.

Ein spezieller Dank gebührt *Rechtsanwalt lic. iur. Rolf Kuhn, LL.M.* Durch unsere frühere Zusammenarbeit, sein unermüdliches Interesse am internationalen Insolvenzrecht und die daraus resultierenden Diskussionen hat er die Grundsteine für diese Arbeit gelegt. Während meiner gesamten Promotionszeit hatte er stets ein offenes Ohr für meine Überlegungen zu Art. 166 ff. IPRG und stand jederzeit für einen Gedankenaustausch zur Verfügung.

Ein besonderer Dank gebührt *Rechtsanwältin Prof. Dr. Sabine Kilgus, LL.M.* für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Anregungen, aber auch für die jederzeitige Bereitschaft, wissenschaftliche Diskussionen zu führen. Die sich daraus ergebenden Hinweise waren für die vorliegende Arbeit unverzichtbar.

Grosser Dank gebührt *Dr. med. Hildegard Blaeser* für die Durchsicht des Manuskripts. Ebenso ein grosser Dank geht an *Rechtsanwältin lic. iur. Nicola Neth* für die kritische Durchsicht von Teilen des Manuskripts.

Der grösste Dank gebührt meinem Freund *Rechtsanwalt Dr. Alexander Blaeser*. Er hat mich nicht nur ermutigt, das Dissertationsprojekt in Angriff zu nehmen. Er hat mich auch während der gesamten Promotionszeit grenzenlos unterstützt, mit mir die Zeit – mit allen Höhen und Tiefen – durchgestanden, zu jederzeit die sich mir stellenden Fragen und Überlegungen angehört und diskutiert und am Ende auch noch das Manuskript kritisch durchgesehen. Ohne ihn wäre diese Arbeit nie entstanden und auch nie zu einem Ende gekommen. Ihm sei diese Arbeit gewidmet.

Zürich, im November 2017

MARJOLAINE JAKOB

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXV
Materialien und amtliche Publikationen	LIV
I. National	LIV
II. International	LVI
1. Teil: Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Aufbau der Untersuchung und Eingrenzung	4
2. Teil: Grundlagen	7
I. Ausländischer Insolvenzverwalter	7
II. Prozessführungsbefugnis	13
1. Begriff	13
2. Prozessführungsbefugnis im internationalen Verhältnis	18
A. Lehre	19
B. Würdigung	20
3. Prozessführungsbefugnis in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz	22
4. Abgrenzungen	24
A. Parteifähigkeit	24
a) Begriff	24
b) Parteifähigkeit in internationalen Verhältnissen	25
c) Parteifähigkeit in internationalen Schiedsverfahren	25
d) Parteifähigkeit ausländischer Insolvenzverwalter	26
B. Prozessfähigkeit	26
a) Begriff	26
	IX

Inhaltsverzeichnis

b)	Prozessfähigkeit in internationalen Verhältnissen	27
c)	Prozessfähigkeit in internationalen Schiedsverfahren	27
d)	Prozessfähigkeit ausländischer Insolvenzverwalter	27
C.	Subjektive Schiedsfähigkeit	28
3. Teil:	Überblick über das internationale Konkursrecht der Schweiz	31
I.	Wirkungen ausländischer Insolvenzverfahren vor Inkrafttreten des IPRG	31
II.	Wirkungen ausländischer Insolvenzverfahren seit Inkrafttreten des IPRG	34
1.	Voraussetzungen und Verfahren bezüglich der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes	35
2.	Vollstreckungsverfahren	36
3.	Rechtsfolgen der Nichtanerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes	38
4.	Berücksichtigung materiell-rechtlicher Rechtsfolgen ausländischer Insolvenzverfahren	39
4. Teil:	Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten	43
I.	Einleitende Bemerkungen	43
1.	Uneinheitliche Begriffsverwendung	43
2.	Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG	44
3.	Kollisionsrechtliche Anknüpfung	46
4.	Fehlende Rechtsverfolgungsbefugnisse ausländischer Insolvenzverwalter	49
II.	Prozessführungsbefugnis im Rahmen des 11. Kapitels des IPRG	52
1.	Anerkannte Prozessführungsbefugnis gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung	52
A.	Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes	52
B.	Antrag auf Erlass sichernder Massnahmen	52
C.	Erheben von paulianischen Anfechtungsklagen	53
D.	Klageweise Geltendmachung bestrittener Forderungen bei Fehlen kollozierter Gläubiger	55

2.	Andere Anwendungsfälle der Prozessführungsbefugnis	57
A.	Antrag auf Anerkennung ausländischer Kollokationspläne	57
B.	Klageweise Geltendmachung bestrittener Forderungen mangels einer Abtretung	58
C.	Erheben von betriebsrechtlichen Beschwerden	58
D.	Ausländischer Insolvenzverwalter als Beklagter/Gesuchsgegner	60
E.	Erheben von Rechtsmitteln	62
F.	Antrag auf Vollstreckbarerklärung von ausländischen Entscheiden?	63
a)	Vollstreckbarerklärung unter Anwendung des LugÜ	64
aa)	Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ	64
bb)	Prozessführungsbefugnis zur Beantragung der Vollstreckbarerklärung?	72
b)	Vollstreckbarerklärung unter Anwendung des IPRG	76
c)	Fehlende Vollstreckbarkeit ausländischer insolvenznaher Entscheide	77
3.	Würdigung	80
III.	Prozessführungsbefugnis ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG	83
1.	Einleitende Bemerkungen	83
2.	Bestimmung des Bestandes und der Wirkungen der Prozessführungsbefugnis	85
A.	Bestand	88
a)	Analoge Anwendung der Art. 166 ff. IPRG?	88
b)	Ausschluss als Folge des Territorialitätsprinzips?	89
c)	Ausschluss als Folge von verbotenen Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 Ziff. 1 StGB)?	93
d)	Bestand der Prozessführungsbefugnis unter der Voraussetzung der vorfrageweisen Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes	95
e)	Fazit	98
B.	Wirkungen	98

IV. Fazit	100
1. Regelung der Prozessführungsbefugnis nach den Art. 166 ff. IPRG	100
2. Regelung der Prozessführungsbefugnis ausserhalb der Art. 166 ff. IPRG	103
5. Teil: Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz	105
I. Ausgangslage	105
II. Beschränkung der Prozessführungsbefugnis durch das 11. Kapitel des IPRG?	106
1. Eingrenzungen und Annahmen	107
A. Schiedsverfahren nach dem 12. Kapitel des IPRG	107
B. Ausländische Insolvenzverfahren	108
C. Inzidente Anerkennung von ausländischen Insolvenzverfahren durch Schiedsgerichte	108
2. Kollisionsrechtliche Anknüpfung	109
3. Vivendi-Entscheid und das 11. Kapitel des IPRG	111
4. Bestand und Wirkungen der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz	114
III. Vollstreckung von Schiedssprüchen in der Schweiz	117
IV. Fazit	119
6. Teil: Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach der EuInsVO	121
I. Einleitende Bemerkungen zur EuInsVO	121
II. Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter	123
1. Prozessführungsbefugnis ausländischer Hauptinsolvenzverwalter	124
A. Antragsbefugnisse	126
a) Antragsbefugnisse betreffend Bekanntmachung und Eintragung der Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens	126
aa) Öffentliche Bekanntmachung des Entscheides zur Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens	126

bb)	Eintragung des Entscheides zur Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens in öffentliche Register	127
b)	Antragsbefugnisse betreffend Sekundärinsolvenzverfahren	127
aa)	Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens	128
bb)	Nichteröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens	128
cc)	Aussetzung der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens	128
dd)	Eröffnung eines anderen Insolvenzverfahrens	129
ee)	Aussetzung der Verwertung der Sekundärinsolvenzmasse sowie Aufhebung der Aussetzung der Verwertung	129
ff)	Umwandlung des Sekundärinsolvenzverfahrens	129
c)	Antragsbefugnisse betreffend Insolvenzverfahren über gruppenangehörige Gesellschaften	130
aa)	Aussetzung von Massnahmen bezüglich der Verwertung der Insolvenzmasse einer anderen gruppenangehörigen Gesellschaft	130
bb)	Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens	131
cc)	Nachträgliches Opt-in	131
dd)	Abberufung des Koordinationsverwalters	132
ee)	Kosten und Kostenaufteilung	132
B.	Widerspruchsbefugnis	132
a)	Einbeziehung in Gruppen-Koordinationsverfahren	132
b)	Person des Koordinationsverwalters	133
c)	Kosten und Kostenaufteilung	133
C.	Anfechtungs- bzw. Rechtsmittelbefugnisse	133
a)	Gerichtliche Nachprüfung des Entscheides zur Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens	133

b)	Gerichtliche Nachprüfung des Entscheides zur Einbeziehung einer gruppenangehörigen Gesellschaft in ein Gruppen-Koordinationsverfahren	133
c)	Gerichtliche Nachprüfung des Entscheides über die Kosten und die Kostenaufteilung	134
D.	Hauptinsolvenzverwalter als Beklagter/Gesuchsgegner	134
2.	Prozessführungsbefugnis ausländischer vorläufiger Hauptinsolvenzverwalter	135
A.	Antrag auf Erlass von Sicherungsmassnahmen	135
B.	Weitere von der Prozessführungsbefugnis erfasste prozessuale Befugnisse?	137
3.	Prozessführungsbefugnis ausländischer Territorialinsolvenzverwalter	141
A.	Beantragung der öffentlichen Bekanntmachung des Entscheides zur Eröffnung eines Territorialinsolvenzverfahrens	142
B.	Klagerechte	143
a)	Herausgabeklage	143
b)	Anfechtungsklage	143
C.	Weitere von der Prozessführungsbefugnis erfasste prozessuale Befugnisse?	144
III.	Fazit	144
7. Teil:	Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach dem UNCITRAL-Modellgesetz	147
I.	Einleitende Bemerkungen zum UNCITRAL-Modellgesetz	147
II.	Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter	149
1.	Direkter Gerichtszugang	151
2.	Antragsbefugnisse	151
A.	Eröffnung eines Insolvenzverfahrens im Umsetzungsstaat	151
B.	Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens	152
C.	Erlass vorsorglicher Massnahmen	152
D.	Sicherung, Verwertung und Verteilung von Vermögenswerten	153

E.	Verteilung der im Umsetzungsstaat gelegenen Vermögenswerte des Gemeinschuldners	153
3.	Anfechtungsklagebefugnis	153
4.	Interventionsbefugnis	154
III.	Fazit	155
8. Teil:	Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten nach dem E-IPRG	157
I.	Einleitende Bemerkungen	157
II.	Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter	158
1.	Anerkennungsverfahren	159
2.	Zwischenverfahren	159
A.	Antrag auf Durchführung eines ordentlichen Sekundärkonkursverfahrens	160
B.	Antrag auf Nichtdurchführung eines Sekundärkonkursverfahrens	161
3.	Vollstreckungsverfahren	163
A.	Verzicht auf die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens	163
B.	Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens	165
III.	Ausgewählte Probleme der Prozessführungsbefugnis im E-IPRG	166
1.	Schutzmodalitäten des Art. 174a Abs. 1 E-IPRG	166
A.	Schutz bevorzogter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 E-IPRG	167
a)	Pfandgesicherte Forderungen	167
b)	Privilegierte Forderungen von Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz	168
c)	Forderungen von Niederlassungsgläubigern	170
B.	Angemessene Berücksichtigung schweizerischer Drittklassforderungen	172
C.	Möglichkeit des grundsätzlichen Verzichtes auf die Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens?	176
a)	Verzicht im Grundsatz und Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses	176
b)	Informationsmöglichkeit über das Antragsrecht	179
c)	Geringere Verfahrensverzögerungsmöglichkeit	180
d)	Kein zusätzliches Risiko für Rechtsstreitigkeiten über die Gläubigereigenschaft	181
		XV

Inhaltsverzeichnis

e) Einschränkung der Antragsbefugnis	182
2. Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach Art. 174a Abs. 4 E-IPRG	183
3. Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des 11. Kapitels des E- IPRG	184
IV. Selektive Übernahme von Regelungen aus EuInsVO/UNCITRAL-Modellgesetz	185
1. EuInsVO	188
A. Geltung der <i>lex fori concursus</i>	188
B. Vermeidung der Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens durch Abgabe einer Zusicherung	192
2. UNCITRAL-Modellgesetz	194
A. Befugnis zur Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens nach SchKG	194
B. Interventionsbefugnis	197
V. Fazit	199
9. Teil: Zusammenfassung	201

Abkürzungsverzeichnis

A	Österreich
a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
aEuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, ABl. 2000, L 160/1, in Kraft seit 31. Mai 2002
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/CH)
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage/Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
ASA Bulletin	Bulletin der Schweizerischen Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit (Alphen aan den Rijn/NL)
Aufl.	Auflage
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0), in Kraft seit 1. März 1935 (Bankengesetz)
BB1	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (SR 954.1), in Kraft seit 1. Februar 1997 (Börsengesetz)
BerlinKomm	Berliner Kommentar
BGB1.	Bundesgesetzblatt (A)
BGE	Bundesgerichtsentscheid, publiziert in der amtlichen Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgerichtsentscheid, <i>nicht</i> in der amtlichen Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts publiziert
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110), in Kraft seit 1. Januar 2007 (Bundesgerichtsgesetz)

Abkürzungsverzeichnis

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (D)
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Solothurn
BIV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effekthändlern vom 30. August 2012 (SR 952.05), in Kraft seit 1. November 2012 (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA)
BK	Berner Kommentar
BlSchKG	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil/CH)
Brüssel Ia-VO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABl. 2012, L 351/21
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
BT-Drs.	Deutscher Bundestag, Drucksache
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CA	Cour d'appel (F)
Cass. civ.	Cour de cassation civile française
Cass. 1 ^{re} civ.	Cour de cassation française – Première chambre civile
CH	Schweiz
CR	Commentaire Romand
D	Deutschland
D/CH-Abkommen	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen, abgeschlossen am 2. November 1929 (SR 0.276.191.361), für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Dezember 1930
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DRI	Dispute Resolution International (London/GB)

DStR	Deutsches Steuerrecht. Wochenschrift & umfassende Datenbank für Steuerberater (München/D)
dt.	deutsch
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (Berlin/D)
E-IPRG	Entwurf zur Revision des 11. Kapitels des IPRG
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Erw.	Erwägung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968, ABl. 1972, L 299/32
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001, L 12/1
EuInsVO	Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung), ABl. 2015, L 141/19
EuZ	Zeitschrift für Europarecht (Zürich/CH)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München/D)
F	Frankreich
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (SR 958.1), in Kraft seit 1. Januar 2016 (Finanzmarktinfrastukturgesetz)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA-Bulletin	Bulletin der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht
FN	Fussnote
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (Paris/F)

Abkürzungsverzeichnis

GB	Grossbritannien
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich/CH)
Gl.A.	Gleiche Ansicht
Habil.	Habilitationsschrift
HambKomm	Hamburger Kommentar
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.g.F.	in der geltenden Fassung
IMF	International Monetary Fund/Internationaler Währungsfonds
InsO	Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994, in Kraft seit 1. Januar 1999 (D)
Int.A.L.R.	International Arbitration Law Review (London/GB)
IO	Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung) (A), RGBL. Nr. 337/1914 (BGBl. I Nr. 34/2015 i.d.g.F.)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291), in Kraft seit 1. Januar 1989
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JCL	The Journal of Corporation Law (Iowa/USA)
JCP	La Semaine Juridique (Paris/F)
JDI	Journal du droit international (Paris/F)
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne/CH)
JZ	JuristenZeitung (Tübingen/D)
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (SR 951.31), in Kraft seit 1. Januar 2007 (Kollektivanlagengesetz)
KAKV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von kollektiven Kapitalanlagen vom 6. Dezember 2012 (SR 951.315.2), in Kraft seit 1. März 2013 (Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA)
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht (Köln/D)
XX	

KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (SR 832.102), in Kraft seit 1. Januar 1996
L	Reihe L (Rechtsvorschriften) im ABL.
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé (<i>dt.</i> IPRG)
lit.	litera
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (<i>dt.</i> SchKG)
LS	Loseblattsammlung (Rechtssammlung) des Kantons Zürich
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen), abgeschlossen am 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12), für die Schweiz in Kraft getreten am 1. Januar 2011
m.E.	meines Erachtens
m.H.a.	mit Hinweis auf
MünchKomm	Münchener Kommentar
m.V.a.	mit Verweis auf
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/D)
NL	Niederlande
No.	Numéro
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (München/D)
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (München/D)
OGer/ZH	Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220), in Kraft seit 1. Januar 1912
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel/CH)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen/D)

Abkürzungsverzeichnis

resp.	respektive
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé (Paris/F)
RGBl.	Reichsgesetzblatt (A)
Rs.	Rechtssache
S.	Seite(n)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1), in Kraft seit 1. Januar 1892
sem.	semestre
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SJ	La Semaine Judiciaire (Genf/CH)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich/CH)
SNF	Schweizerischer Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung
sog.	sogenannt(e)(r)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zürich/CH)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0), in Kraft seit 1. Januar 1942
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht/Swiss Review of International and European Law (Zürich/CH)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich/CH)
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht (Basel/CH)
TGI	Tribunal de grande instance (F)
TJICL	Tulane Journal of International and Comparative Law (New Orleans/USA)
TREX	Der Treuhandexperte (Zürich/CH)
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law/Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht
UNCITRAL-Modellgesetz	UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency/UNCITRAL-Modellgesetz über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren

USA	Vereinigte Staaten von Amerika
Übereinkunft mit dem Königreich Bayern	Übereinkunft zwischen den schweizerischen Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Unterwalden (ob und nid dem Wald), Freiburg, Solothurn, Basel (Stadt- und Landteil), Schaffhausen, St. Gallen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf, sowie Appenzell AR und dem Königreich Bayern über gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 11. Mai/27. Juni 1834, LS 283.2
Übereinkunft mit dem Königreich Sachsen	Übereinkunft zwischen den schweizerischen Kantonen Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Zug, Freiburg, Solothurn, Basel (beide Landesteile), Schaffhausen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg und Genf sowie Appenzell der äusseren Rhoden einerseits und dem Königreich Sachsen andererseits über die gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 4./18. Februar 1837, BGS 233.23
Übereinkunft mit der Krone Württemberg	Übereinkunft der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg betreffend die Konkursverhältnisse und gleiche Behandlung der beiderseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826, LS 283.1
v.	vom
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (SR 961.01), in Kraft seit 1. Januar 2006 (Versicherungsaufsichtsgesetz)
VE-IPRG	Vernehmlassungsentwurf zur Revision des 11. Kapitels des IPRG
vgl.	vergleiche
VJ	Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration (Wien/A)
VKV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Versicherungsunternehmen vom 17. Oktober 2012 (SR 961.015.2), in Kraft seit 1. Januar 2013 (Versicherungskonkursverordnung-FINMA)

Abkürzungsverzeichnis

VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021), in Kraft seit 1. Oktober 1969 (Verwaltungsverfahrensgesetz)
WM	Wertpapier-Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Frankfurt am Main/D)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern/CH)
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Wien/A)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210), in Kraft seit 1. Januar 1912
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Köln/DE)
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272), in Kraft seit 1. Januar 2011
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel/CH)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Köln/D)
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (Zürich/CH)

Literaturverzeichnis

- AEBI MARTIN/FREY HAROLD, Impact of Bankruptcy on International Arbitration Proceedings. A Special Case Does not Make a General Rule, ASA Bulletin 1/2010, S. 113 ff. [zitiert: AEBI/FREY]
- AHRENS WALTER, Rechte und Pflichten ausländischer Insolvenzverwalter im internationalen Insolvenzrecht, Diss., Berlin 2002 [zitiert: AHRENS]
- AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013 [zitiert: AMONN/WALTHER]
- ANCEL BERTRAND, Le droit français et les situations d'insolvabilité internationale. Les réponses du droit international privé, Gaz. Pal. 1999 (2^e sem.), S. 1394 ff. [zitiert: ANCEL]
- ANDRES DIRK/LEITHAUS ROLF/DAHL MICHAEL, Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, 3. Aufl., München 2014 [zitiert: Andres/Leithaus/Dahl-BEARBEITERIN]
- ARNOLD ANNE KATHRIN, Lex fori als versteckte Anknüpfung, Diss., Berlin 2009 [zitiert: ARNOLD]
- ARROYO MANUEL (Hrsg.), Arbitration in Switzerland. The Practitioner's Guide, Alphen aan den Rijn 2013 [zitiert: Arroyo-BEARBEITERIN]
- BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 [zitiert: Baker & McKenzie-BEARBEITERIN]
- BARTSCH ROBERT/POLLAK RUDOLF/BUHEGGER WALTER (Hrsg.), Österreichisches Insolvenzrecht. Kommentar. Bd. III, §§ 80 bis 95 Konkursordnung, 4. Aufl., Wien 2002 [zitiert: Bartsch/Pollak/Buchegger-BEARBEITERIN]
- BAUMBACH ADOLF/LAUTERBACH WOLFGANG/ALBERS JAN/HARTMANN PETER, Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen, 75. Aufl., München 2017 [zitiert: BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN]
- BAUMERT ANDREAS, Offene Praxisfragen beim internationalen Gerichtsstand bei Insolvenzanfechtungsklagen in Drittstaatenfällen – Art. 3 EuInsVO analog, NZI 4/2014, S. 106 ff. [zitiert: BAUMERT]

- BECKER MORITZ, Im Zweifel für den Insolvenzverwalter. Die Zuständigkeit für Insolvenzanfechtungsklagen gemäss Art. 3 Abs. 1 EuInsVO in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: Bork Reinhard/Kayser Godehard/Kebekus Frank (Hrsg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 33 ff. [zitiert: BECKER]
- BEINERT JÖRG, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, Diss., Basel 1963 [zitiert: BEINERT]
- BENNING OLAF, Internationale Prinzipien für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren, Diss., Frankfurt am Main 2013 [zitiert: BENNING]
- BENNING OLAF/WEHLING AXEL, Das «Model Law on Cross-Border Insolvency» der Vereinten Nationen. Ein Regelungsmodell für internationale Insolvenzfälle, EuZW 20/1997, S. 618 ff. [zitiert: BENNING/WEHLING]
- BERENDS ANDRÉ J., UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview, TJICL 1/1998, S. 309 ff. [zitiert: BERENDS]
- BERGER BERNHARD, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2012, 3. Teil: Schiedsgerichtsbarkeit, ZBJV 1/2014, S. 56 ff. [zitiert: BERGER, ZPR Rechtsprechung 2012]
- BERGER BERNHARD, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2009, 3. Teil: Schiedsgerichtsbarkeit, ZBJV 7–8/2011, S. 551 ff. [zitiert: BERGER, ZPR Rechtsprechung 2009]
- BERGER BERNHARD/GÜNGERICH ANDREAS, Die Prozessführungsbefugnis des Lizenznehmers. Ein Beitrag aus Anlass des neuen Designgesetzes (DesG), recht 4/2003, S. 133 ff. [zitiert: BERGER/GÜNGERICH]
- BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl., Bern 2015 [zitiert: BERGER/KELLERHALS]
- BERNET MARTIN, Schiedsgericht und Konkurs einer Partei, in: Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung. Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte. Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 3 ff. [zitiert: BERNET]
- BERTI STEPHEN V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011 [zitiert: BERTI, Einführung]

- BERTI STEPHEN V., Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Diss., Zürich 1989 [zitiert: BERTI, Einfluss]
- BERTI STEPHEN V./INFANGER DOMINIK, Praktische Gedanken zur Frage der Kontrolle der Übernahme von Rechtswirkungen ausländischer Konkursdekrete in der Schweiz, in: Riemer Hans Michael/Kuhn Moritz W./Vock Dominik/Gehri Myriam A (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht. Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, S. 35 ff. [zitiert: BERTI/INFANGER]
- BISCHOFF JACQUES, Allgemeine Erfahrungen bei der Rechtsvereinheitlichung in der UNCITRAL, SZIER 5/1993, S. 623 ff. [zitiert: BISCHOFF]
- BLERSCH JÜRGEN/GOETSCH HANS-WILHELM/HAAS ULRICH (Hrsg.), Berliner Kommentar. Insolvenzrecht. InsO, InsVV, Internationales InsR, Steuerrecht, SchVG, ArbNErfG, Köln 2016, 1.–61. Lieferung [zitiert: BerlinKomm-BEARBEITERIN]
- BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, CPC. Code de procédure civile commenté, Basel 2011 [zitiert: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy-BEARBEITERIN]
- BOMMER FLORIAN, Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis, Diss., Zürich 2001 [zitiert: BOMMER]
- BOPP LUKAS, Sanierung im Internationalen Insolvenzrecht der Schweiz, Diss., Basel 2004 [zitiert: BOPP]
- BRACONI ANDREA, La collocation des créances en droit international suisse de la faillite. Contribution à l'étude des art. 172–174 LDIP, Diss., Zürich 2005 [zitiert: BRACONI]
- BRAUN EBERHARD (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO). InsO mit EuInsVO (Neufassung). Kommentar, 7. Aufl., München 2017 [zitiert: Braun-BEARBEITERIN]
- BREITENSTEIN STEFAN, Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten. Eine rechtsvergleichende Darstellung, Diss., Zürich 1989 [zitiert: BREITENSTEIN]
- BRINKMANN MORITZ, Das lex fori-Prinzip und Alternativen, ZZP 4/2016, S. 461 ff. [zitiert: BRINKMANN]
- BROWN-BERSET DOMINIQUE/LÉVY LAURENT, Faillite et Arbitrage, ASA Bulletin 4/1998, S. 664 ff. [zitiert: BROWN-BERSET/LÉVY]

- BRUNNER ALEXANDER, Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht, AJP 1/1995, S. 3 ff. [zitiert: BRUNNER, Gläubigerschutz]
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Kommentar, Art. 1–196, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 [zitiert: Brunner/Gasser/Schwander I-BEARBEITERIN]
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Kommentar, Art. 197–408, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 [zitiert: Brunner/Gasser/Schwander II-BEARBEITERIN]
- BRUNNER RAPHAEL, Das Bundesgericht entdeckt die Niederlande auf der Karte des internationalen Insolvenzrechts. Ein Entscheid mit Signalwirkung?, ZZZ 2014/2015, S. 56 ff. [zitiert: BRUNNER, Bundesgericht]
- BUCHEGGER WALTER, Insolvenzrecht, 2. Aufl., Wien 2013 [zitiert: BUCHEGGER]
- BUCHER ANDREAS, Mise à jour du Commentaire Romand. Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Chapitre 11 Faillite et concordat, 21.07.2017, <http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/chapitre_11-28.pdf> (zuletzt besucht am 04.11.2017) [zitiert: BUCHER]
- BUCHER ANDREAS (Hrsg.), Commentaire Romand. Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Basel 2011 [zitiert: CR LDIP-BEARBEITERIN]
- BUREAU DOMINIQUE/MUIR WATT HORATIA, Droit international privé, Bd. II, 3. Aufl., Paris 2014 [zitiert: BUREAU/MUIR WATT]
- BÜRGI ERICH, Konkursrechtliche Staatsverträge der Schweiz mit den ehemaligen Königreichen Württemberg und Bayern sowie mit Frankreich, in: Dallèves Louis/Kleiner Beat/Krauskopf Lutz/Raschein Rolf/Schüpbach Henri/Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG. Centenaire de la LP, Zürich 1989, S. 175 ff. [zitiert: BÜRGI, Konkursrechtliche Staatsverträge]
- BÜRGI URS, Verfahren und Anerkennung ausländischer Konkursentscheide in der Schweiz, in: DACH Europäische Anwaltsvereinigung e.V. (Hrsg.), Grenzüberschreitendes Insolvenzrecht, Köln 2004, S. 79 ff. [zitiert: BÜRGI, Verfahren und Anerkennung]

- BUTH ANDREA K./HERMANN MICHAEL (Hrsg.), *Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz. Handbuch*, 4. Aufl., München 2014 [zitiert: Buth/Hermanns-BEARBEITERIN]
- CATELLI CINZIA, *The Impact of Insolvency Proceedings on an International Arbitration with Seat in Switzerland*, in: Favalli Daniele/Favre-Bulle Xavier/Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Habegger Philipp/Killias Laurent/Müller Christoph/Patocchi Paolo Michele/Weber-Stecher Urs (Hrsg.), *Selected Papers on International Arbitration, Volume 3*, Bern 2013, S. 42 ff. [zitiert: CATELLI]
- COMMANDEUR ANJA/RÖMER ALEXANDER, *Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzrecht. Neufassung der Europäischen Insolvenzordnung*, NZG 25/2015, S. 988 ff. [zitiert: COMMANDEUR/RÖMER]
- COURVOISIER MATTHIAS, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2015/2016*, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 169 ff. [zitiert: COURVOISIER, 2015/2016]
- COURVOISIER MATTHIAS, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2013/2014*, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 211 ff. [zitiert: COURVOISIER, 2013/2014]
- COURVOISIER MATTHIAS, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2011/2012*, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 209 ff. [zitiert: COURVOISIER, 2011/2012]
- CRONIN MATTHEW T., *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: Procedural Approach to a Substantive Problem*, JCL 3/1999, S. 709 ff. [zitiert: CRONIN]
- DALLÈVES LOUIS/FOËX BÉNÉDICT/JEANDIN NICOLAS (Hrsg.), *Commentaire Romand. Poursuite et faillite. Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé*, Basel 2005 [zitiert: CR LP-BEARBEITERIN]
- DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), *Lugano-Übereinkommen (LugÜ). Kommentar*, 2. Aufl., Bern 2011 [zitiert: Dasser/Oberhammer-BEARBEITERIN]
- DELLINGER MARKUS/OBERHAMMER PAUL/KOLLER CHRISTIAN, *Insolvenzrecht. Eine Einführung*, 3. Aufl., Wien 2014 [zitiert: DELLINGER/OBERHAMMER/KOLLER]

- DOMEJ TANJA, Internationale Zwangsvollstreckung und Haftungsverwirklichung am Beispiel der Forderungspfändung, Habil., Tübingen 2016 [zitiert: DOMEJ, Haftungsverwirklichung]
- DOMEJ TANJA, Internationale Zwangsvollstreckung zwischen Territorialitätsprinzip, Gläubigerinteressen und Schuldnerschutz, in: Hess Burkhard (Hrsg.), Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht, Bielefeld 2014, S. 109 ff. [zitiert: DOMEJ, Internationale Zwangsvollstreckung]
- DONATSCH ANDREAS, Art. 271 Ziff. 1 StGB und das Recht auf Befragung von Entlastungszeugen, in: Donatsch Andreas/Forster Marc/Schwarzenegger Christian (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 587 ff. [zitiert: DONATSCH]
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011 [zitiert: DONATSCH/WOHLERS]
- DUURSMA-KEPPLINGER HENRIETTE-CHRISTINE/DUURSMA DIETER/CHALUPSKY ERNST, Europäische Insolvenzverordnung. Kommentar, Wien 2002 [zitiert: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-BEARBEITER-IN]
- EMMENEGGER SUSAN, Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des schweizerischen Rechts, RabelsZ 2/2015, S. 367 ff. [zitiert: EMMENEGGER]
- FEHRENBACH MARKUS, Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren. Zur sachgerechten Verfahrenskoordination bei grenzüberschreitenden Unternehmensinsolvenzen, Habil., Tübingen 2014 [zitiert: FEHRENBACH]
- FLÖTHER LUCAS F., Auswirkungen des inländischen Insolvenzverfahrens auf Schiedsverfahren und Schiedsabrede, Diss., Köln/Berlin/Bonn/München 2001 [zitiert: FLÖTHER, Auswirkungen]
- FLÖTHER LUCAS F., Schiedsverfahren und Schiedsabrede unter den Bedingungen der Insolvenz, DZWIR 3/2001, S. 89 ff. [zitiert: FLÖTHER, Schiedsverfahren]
- FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012 [zitiert: FORSTMOSER/VOGT]
- FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997 [zitiert: FRANK/STRÄULI/MESSMER]

- FREGE MICHAEL C./KELLER ULRICH/RIEDEL ERNST, Insolvenzrecht, 8. Aufl., München 2015 [zitiert: FREGE/KELLER/RIEDEL]
- FRIDGEN ALEXANDER/GEIWITZ ARNDT/GÖPFERT BURKARD (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar InsO, 3. Aufl., München 2016 [zitiert: Fridgen/Geiwitz/Göpfert-BEARBEITERIN]
- FRITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER HANS ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht. Bd. II. Konkursrecht, Arrest, Miete und Pacht, Paulianische Anfechtung, Nachlassvertrag und Notstundung, Besondere Ordnungen, 3. Aufl., Zürich 1993 [zitiert: FRITZSCHE/WALDER]
- FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 [zitiert: Furrer/Girsberger/Müller-Chen-BEARBEITERIN]
- GASSMANN RICHARD/BOMMER FLORIAN, Das international organisierte Unternehmen in der Krise, in: Münch Peter/Passadelis Nicolas/Lehne Jens (Hrsg.), Handbuch Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht. Rechtliche Herausforderungen im Auslandsgeschäft, Basel 2015, S. 683 ff. [zitiert: GASSMANN/BOMMER]
- GAUTHEY DANIELLE/MARKUS ALEXANDER R., Zivile Rechtshilfe und Artikel 271 Strafgesetzbuch, ZSR 4/2015, S. 359 ff. [zitiert: GAUTHEY/MARKUS, Zivile Rechtshilfe]
- GAUTHEY DANIELLE/MARKUS ALEXANDER R., L'entraide judiciaire internationale en matière civile, Bern 2014 [zitiert: GAUTHEY/MARKUS, L'entraide judiciaire internationale]
- GEHRI MYRIAM A./JENT-SØRENSEN INGRID/SARBACH MARTIN (Hrsg.), ZPO Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015 [zitiert: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach-BEARBEITERIN]
- GEHRI MYRIAM A./KOSTKIEWICZ GREGOR H., Anerkennung ausländischer Insolvenzscheide in der Schweiz – ein neuer Réduit National?, SZIER 2/2009, S. 193 ff. [zitiert: GEHRI/KOSTKIEWICZ]
- GEIMER REINHOLD, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Köln 2015 [zitiert: GEIMER]
- GEIMER REINHOLD/SCHÜTZE ROLF A., Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., München 2010 [zitiert: Geimer/Schütze-BEARBEITERIN]
- GEISER THOMAS/MÜNCH PETER/UHLMANN FELIX/GELZER PHILIPP (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, 4. Aufl., Basel 2014 [zitiert: Geiser/Münch/Uhlmann/Gelzer-BEARBEITERIN]

- GEROLDINGER ANDREAS, Verfahrenskoordination im Europäischen Insolvenzrecht. Die Abstimmung von Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der EuInsVO, Diss., Wien 2010 [zitiert: GEROLDINGER]
- GIRSBERGER DANIEL, Die Stellung der gesicherten Gläubiger in der internationalen Insolvenz, *RabelsZ* 3/2006, S. 505 ff. [zitiert: GIRSBERGER]
- GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004 [zitiert: ZK IPRG-BEARBEITERIN]
- GIRSBERGER DANIEL/TRÜTEN DIRK, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht, *SJZ* 4/2016, S. 95 ff. [zitiert: GIRSBERGER/TRÜTEN]
- GIRSBERGER DANIEL/VOSER NATHALIE, *International Arbitration, Comparative and Swiss Perspectives*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 [zitiert: GIRSBERGER/VOSER]
- GÖKSU TARKAN, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2014 [zitiert: GÖKSU]
- GOTTWALD PETER, Insolvenzzrechtliche Annexverfahren im Verhältnis Deutschland – Schweiz, in: Breitschmid Peter/Jent-Sørensen Ingrid/Schmid Hans/Sogo Miguel (Hrsg.), *Tatsachen. Verfahren. Vollstreckung. Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag*, Zürich 2015, S. 249 ff. [zitiert: GOTTWALD, Annexverfahren]
- GOTTWALD PETER (Hrsg.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, 5. Aufl., München 2015 [zitiert: Gottwald-BEARBEITERIN]
- GOTTWALD PETER, *Grenzüberschreitende Insolvenzen*, München 1997 [zitiert: GOTTWALD, Grenzüberschreitende Insolvenzen]
- GRAF DAMIAN K., Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden. Unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Einrede der Décharge, *GesKR* 3/2012, S. 380 ff. [zitiert: GRAF, Rechtsnatur]
- GRAF ULRIKE, *Die Anerkennung ausländischer Insolvenzentscheidungen*, Diss., Tübingen 2003 [zitiert: GRAF, Anerkennung]
- GRAF-SCHLICKE MARIE LUISE (Hrsg.), *InsO. Kommentar zur Insolvenzordnung*, 4. Aufl., Köln 2014 [zitiert: Graf-Schlicker-BEARBEITERIN]
- GULDENER MAX, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich 1979 [zitiert: GULDENER, ZPR]

- GULDENER MAX, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 [zitiert: GULDENER, IZPR]
- GUNDLACH ULF/FRENZEL VOLKHARD/SCHMIDT NIKOLAUS, Die Verfahrensunterbrechung durch Insolvenzeröffnung, NJW 45/2004, S. 3222 ff. [zitiert: GUNDLACH/FRENZEL/SCHMIDT]
- GÜNTER MICHAEL, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz. Zur Berücksichtigung von Insolvenzverfahren und ihren Auswirkungen vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Diss., Zürich/Basel/Genf 2011 [zitiert: GÜNTER]
- HAAS ULRICH, Gewillkürte Prozessstandschaft und Insolvenz, in: Stamm Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Helmut Rüssmann, Saarbrücken 2013, S. 537 ff. [zitiert: HAAS, Prozessstandschaft]
- HAAS ULRICH/BRUNNER ISABELLE, Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ im Spiegel der Schweizer Rechtsprechung, in: Fankhauser Roland/Widmer Lühinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung. Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 169 ff. [zitiert: HAAS/BRUNNER]
- HABSCHEID EDGAR J., Grenzüberschreitendes (internationales) Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland. Systeme und Wechselwirkungen rechtsvergleichend auch zu anderen Rechtsordnungen, insbesondere der Schweiz, Habil., Berlin 1998 [zitiert: HABSCHEID, Grenzüberschreitendes Insolvenzrecht]
- HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990 [zitiert: HABSCHEID, Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht]
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 [zitiert: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN]
- HANISCH HANS, Die Vollstreckung von ausländischen Konkurserkennnissen in der Schweiz, AJP 1/1999, S. 17 ff. [zitiert: HANISCH, Vollstreckung]
- HANISCH HANS, Allgemeine kollisionsrechtliche Grundsätze im internationalen Insolvenzrecht, in: Martinek Michael/Schmidt Jürgen/Wadle Elmar (Hrsg.), Festschrift für Günther Jahr zum siebzigsten Geburtstag. Vestigia Iuris, Tübingen 1993, S. 455 ff. [zitiert: HANISCH, Kollisionsrechtliche Grundsätze]

- HANISCH HANS, Internationale Insolvenzrechte des Auslandes und das Gegenrecht nach Art. 166 Abs. 1 IPRG, SZIER 1/1992, S. 3 ff. [zitiert: HANISCH, Gegenrecht]
- HANISCH HANS, Wirkungen deutscher Insolvenzverfahren auf in der Schweiz befindliches Schuldnervermögen. Bisheriges und neues internationales Insolvenzrecht der Schweiz, JZ 15–16/1988, S. 737 ff. [zitiert: HANISCH, Wirkungen]
- HASS DETLEF/HUBER PETER/GRUBER URS/HEIDERHOFF BETTINA (Hrsg.), EU-Insolvenzverordnung. Kommentar zur Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren (EuInsVO), München 2005 [zitiert: Hass/Huber/Gruber/Heiderhoff-BEARBEITERIN]
- HAUSHEER HEINZ/JAUN MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003 [zitiert: HAUSHEER/JAUN]
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. III, Art. 353–399 ZPO, Art. 407 ZPO, Bern 2014 [zitiert: BK ZPO III-BEARBEITERIN]
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 [zitiert: BK ZPO I-BEARBEITERIN]
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar. Bd. I, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 [zitiert: BK ZGB-BEARBEITERIN]
- HESS BURKHARD/OBERHAMMER PAUL/PFEIFFER THOMAS, European Insolvency Law. The Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report on the Application of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (External Evaluation Just/2011/JCIV/PR/0049/A4), München 2014 [zitiert: HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER]
- HESS HARALD (Hrsg.), Insolvenzrecht. Grosskommentar in zwei Bänden, Bd. I, Kommentar, §§ 1–128 InsO, 2. Aufl., Heidelberg 2013 [zitiert: Hess I-BEARBEITERIN]
- HESS HARALD (Hrsg.), Insolvenzrecht. Grosskommentar in zwei Bänden, Bd. II, Kommentar, §§ 129–359 InsO, 2. Aufl., Heidelberg 2013 [zitiert: Hess II-BEARBEITERIN]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 [zitiert: BSK ZGB I-BEARBEITERIN]

- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar. Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 [zitiert: BSK IPRG-BEARBEITERIN]
- HSU PETER CH./STUPP ERIC (Hrsg.), Basler Kommentar. Versicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2013 [zitiert: BSK VAG-BEARBEITERIN]
- HUNKELER DANIEL (Hrsg.), Kurzkommentar. SchKG. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014 [zitiert: Hunkeler-BEARBEITERIN]
- HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG, Zur geplanten Revision des internationalen Konkurs- und Sanierungsrechts – und deren Bezug zum internationalen Bankenkurs, Jusletter 23. November 2015 [zitiert: HUNKELER/WOHL, Revision]
- HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG, Wirkungen eines ausländischen Urteils im schweizerischen Kollokationsprozess. Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A_740/2012 vom 8. Mai 2014 (zur Publikation vorgesehen), Jusletter 30. Juni 2014 [zitiert: HUNKELER/WOHL, Wirkungen]
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 [zitiert: HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID]
- ISRAËL JONA, European Cross-Border Insolvency Regulation. A Study of Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings in the Light of a Paradigm of Co-operation and a *Comitas Europaea*, Diss., Antwerpen/Oxford 2005 [zitiert: ISRAËL]
- JAAG TOBIAS, Hoheitliche und nicht-hoheitliche staatliche Tätigkeiten, in: Hänni Peter (Hrsg.), Mensch und Staat. L’homme et l’Etat. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Thomas Fleiner zum 65. Geburtstag, Freiburg 2003, S. 619 ff. [zitiert: JAAG]
- JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMANN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs. Bd. II, Art. 159–292, 4. Aufl., Zürich 1997/1999 [zitiert: JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN]
- JAKOB MARJOLAINE, Bemerkungen zur Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten nach dem Vorentwurf für eine Revision des 11. Kapitels des IPRG, Jusletter 11. April 2016 [zitiert: JAKOB]
- JAQUES CHARLES, La reconnaissance et les effets en Suisse d’une faillite ouverte à l’étranger, Lugano 2006 [zitiert: JAQUES]

- JUCKER PATRICIA, Der internationale Gerichtsstand der schweizerischen paulianischen Anfechtungsklage und rechtsvergleichend schweizerisches, deutsches und französisches Haftpflichtrecht, Diss., Zürich/Basel/Genf 2007 [zitiert: JUCKER]
- JUNKER ABBO, Internationales Zivilprozessrecht, 3. Aufl., München 2016 [zitiert: JUNKER]
- KARRER PIERRE A., Is *Vivendi* Good Law in Switzerland? Distinguishing a Not-so-Distinguished Judgment. A Comment on *Elektrim v Vivendi (Switzerland)*, in: Wautelet Patrick/Kruger Thalia/Coppens Govert (Hrsg.), The Practice of Arbitration. Essays in Honour of Hans van Houtte, Oxford 2012, S. 145 ff. [zitiert: KARRER, Comment on Vivendi]
- KARRER PIERRE A., The Swiss Federal Supreme Court got it wrong, wrong, wrong, and wrong a fourth time, ASA Bulletin 1/2010, S. 111 f. [zitiert: KARRER, Swiss Federal Supreme Court]
- KARRER PIERRE A., The Position of the Arbitration Chapter in Switzerland's Private International Law Codification, ASA Bulletin 1/1989, S. 13 ff. [zitiert: KARRER, Position of the Arbitration Chapter]
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/LÉVY LAURENT, Insolvency and International Arbitration, in: Peter Henry/Jeandin Nicolas/Kilborn Jason (Hrsg.), The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century. Facilitating Investment and Recovery to Enhance Economic Growth, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 257 ff. [zitiert: KAUFMANN-KOHLER/LÉVY]
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE/RIGOZZI ANTONIO, International Arbitration. Law and Practice in Switzerland, Oxford 2015 [zitiert: KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI]
- KAYSER GODEHARD/THOLE CHRISTOPH (Hrsg.), Insolvenzordnung, 8. Aufl., Heidelberg 2016 [zitiert: Kayser/Thole-BEARBEITERIN]
- KINDLER PETER/NACHMANN JOSEF (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Ergänzungslieferung, München 2014 [zitiert: Kindler/Nachmann-BEARBEITERIN]
- KINDLER PETER/SAKKA SAMY, Die Neufassung der Europäischen Insolvenzverordnung, EuZW 12/2015, S. 460 ff. [zitiert: KINDLER/SAKKA]
- KIRCHHOF HANS-PETER/EIDENMÜLLER HORST/STÜRNER ROLF (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Bd., EuInsVO 2000, Art. 102 und 102a EGIInsO, EuInsVO 2015, Länderberichte, 3. Aufl., München 2016 [zitiert: MünchKomm InsO IV-BEARBEITERIN]

- KIRCHHOF HANS-PETER/EIDENMÜLLER HORST/STÜRNER ROLF (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Bd., §§ 217–359, Art. 103a–110 EGIInsO, Konzerninsolvenzrecht, Insolvenzsteuerrecht, 3. Aufl., München 2014 [zitiert: MünchKomm InsO III-BEARBEITERIN]
- KIRCHHOF HANS-PETER/EIDENMÜLLER HORST/STÜRNER ROLF (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 1 Bd., §§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), 3. Aufl., München 2013 [zitiert: MünchKomm InsO I-BEARBEITERIN]
- KIRCHHOF HANS-PETER/EIDENMÜLLER HORST/STÜRNER ROLF (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Bd., §§ 80–216, 3. Aufl., München 2013 [zitiert: MünchKomm InsO II-BEARBEITERIN]
- KLUTH THOMAS, Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters oder die «Insolvenz» der Verwaltertheorien, NZI 8/2000, S. 351 ff. [zitiert: KLUTH]
- KODEK GEORG E./MAYR PETER G., Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Wien 2016 [zitiert: KODEK/MAYR]
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 [zitiert: KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI]
- KÖLZ CHRISTIAN, Internationales Konkursrecht; Prozessführungsbefugnis einer ausländischen Konkursverwaltung; internationale Zuständigkeit für die Beurteilung einer Widerklage. Besprechung der Urteile 4A_389/2011 vom 26. Oktober 2011 (publiziert als BGE 137 III 631) und 4A_380/2012 vom 18. Februar 2013 (publiziert als BGE 139 III 236), ZBJV 9/2013, S. 744 ff. [zitiert: KÖLZ]
- KONECNY ANDREAS/SCHUBERT GÜNTER (Hrsg.), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, Loseblattsammlung, Wien 2016, 1.–56. Lieferung [zitiert: Konecny/Schubert-BEARBEITERIN]
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016 [zitiert: KRAMER]
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl., Zürich 2014 [zitiert: KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht]

- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Internationales Konkursrecht: Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Durchführung eines Sekundärkonkurses in der Schweiz, BLSchKG 1/1993, S. 1 ff. [zitiert: KREN KOSTKIEWICZ, Anerkennung]
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/KÄHR MICHEL, Die Verwirklichung des Universalitätsprinzips im Internationalen Konkursrecht, in: Pichonnaz Pascal/Vogt Nedim Peter/Wolf Stephan (Hrsg.), Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 389 ff. [zitiert: KREN KOSTKIEWICZ/KÄHR]
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/MARKUS ALEXANDER R., Internationales Zivilprozessrecht unter Einbezug der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. Entwicklungen 2009, Bern 2010 [zitiert: KREN KOSTKIEWICZ/MARKUS]
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/RODRIGUEZ RODRIGO, Internationales Insolvenzrecht, Bern 2013 [zitiert: KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ]
- KRÖLL STEFAN, Arbitration and Insolvency – Selected conflict of laws problems, in: Ferrari Franco/Kröll Stefan (Hrsg.), Conflict of Laws in International Arbitration, München 2011, S. 211 ff. [zitiert: KRÖLL, Insolvency]
- KRÖLL STEFAN, Arbitration and Insolvency Proceedings – Selected Problems, in: Mistelis Loukas A./Lew Julian D.M. (Hrsg.), Pervasive Problems in International Arbitration, Alphen aan den Rijn 2006, S. 357 ff. [zitiert: KRÖLL, Arbitration]
- KROPHOLLER JAN/VON HEIN JAN, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Aufl., Frankfurt am Main 2011 [zitiert: KROPHOLLER/VON HEIN]
- KRÜGER WOLFGANG/RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, §§ 1–354, 5. Aufl., München 2016 [zitiert: MünchKomm ZPO-BEARBEITERIN]
- KUHN ROLF, Enden die Befugnisse eines ausländischen Konkursverwalters an der schweizerischen Staatsgrenze?, TREX 1/2010, S. 38 ff. [zitiert: KUHN]
- KUHN ROLF/JAKOB MARJOLAINE, Die ausländische Insolvenzverwaltung in der Schweiz – eine Standortbestimmung, Jusletter 13. August 2012 [zitiert: KUHN/JAKOB]

- KÜHN WOLFGANG, A Comment on *Elektrim v Vivendi (Switzerland)*, in: Wautelet Patrick/Kruger Thalia/Coppens Govert (Hrsg.), The Practice of Arbitration. Essays in Honour of Hans van Houtte, Oxford 2012, S. 133 ff. [zitiert: KÜHN]
- KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984 [zitiert: KUMMER]
- LAZIĆ VESNA, Cross-Border Insolvency and Arbitration. Which Consequences of Insolvency Proceedings should be given Effect in Arbitration?, in: Kröll Stefan/Mistelis Loukas A./Viscasillas Pilar Perales/Rogers Vikki (Hrsg.), International Arbitration and International Commercial Law. Synergy, Convergence and Evolution. Liber Amicorum Eric Bergsten, Alphen aan den Rijn 2011, S. 337 ff. [zitiert: LAZIĆ]
- LEIPOLD DIETER, Miniatur oder Bagatelle: das internationale Insolvenzrecht im deutschen Reformwerk 1994, in: Gerhardt Walter/Diederichsen Uwe/Rimmelpacher Bruno/Costede Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, Berlin 1995, S. 533 ff. [zitiert: LEIPOLD]
- LEMBO SAVERIO/CONRAD HARI AURÉLIE, International Arbitration in Switzerland and Foreign Bankruptcy: Where Do We Stand?, in: ASA Bulletin 4/2014, S. 735 ff. [zitiert: LEMBO/CONRAD HARI]
- LEONHARDT PETER/SMID STEFAN/ZEUNER MARK (Hrsg.), Internationales Insolvenzrecht. Europäische Insolvenzverordnung, Art. 102 u. 102a EGInsO, §§ 335 bis 358 InsO, ausgewählte Vorschriften der InsO, 2. Aufl., Stuttgart 2012 [zitiert: Leonhardt/Smid/Zeuner-BEARBEITER-IN]
- LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2016 [zitiert: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER]
- LÉVY LAURENT, Arbitration and Bankruptcy: Bankruptcy of Arbitration?, DRI 1/2011, S. 103 ff. [zitiert: LÉVY, Bankruptcy]
- LÉVY LAURENT, Insolvency in Arbitration (Swiss Law), Int.A.L.R. 1/2005, S. 23 ff. [zitiert: LÉVY, Insolvency]
- LORANDI FRANCO, Neuerungen im schweizerischen Sanierungs- und Insolvenzrecht, in: Schultze & Braun GmbH & Co. KG (Hrsg.), Insolvenzrecht und Unternehmenssanierung. Jahrbuch 2016, Achern 2015, S. 10 ff. [zitiert: LORANDI, Neuerungen]

- LORANDI FRANCO, Bankengesetzliches Insolvenzrecht und SchKG – Schnittstellen und Unterschiede, SZW 6/2013, S. 497 ff. [zitiert: LORANDI, Bankengesetzliches Insolvenzrecht]
- LORANDI FRANCO, Grenzüberschreitende Aspekte in der Insolvenz – ausgewählte Fragen, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, Zürich 2012, S. 31 ff. [zitiert: LORANDI, Grenzüberschreitende Aspekte]
- LORANDI FRANCO, Handlungsspielraum ausländischer Insolvenzmassen in der Schweiz, AJP 5/2008, S. 560 ff. [zitiert: LORANDI, Handlungsspielraum]
- LÖTSCHER CORDULA, Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess. Grundsätze, Auswirkungen und Anwendungsfälle unter Berücksichtigung ausländischer Rechtsordnungen, Diss., Basel 2016 [zitiert: LÖTSCHER]
- MABILLARD RAMON, Kommentar zum Urteil BGer 5A_170/2012 [BGE 138 III 628] vom 24. August 2012, SZZP 1/2013, S. 48 f. [zitiert: MABILLARD, Urteilscommentar 2013]
- MABILLARD RAMON, Kommentar zum Urteil BGer 5A_415/2011 [BGE 137 III 570] vom 21. September 2011, SZZP 1/2012, S. 41 ff. [zitiert: MABILLARD, Urteilscommentar 2012]
- MANKOWSKI PETER, Zusicherungen zur Vermeidung von Sekundärinsolvenzen unter Art. 36 EuInsVO – Synthetische Sekundärverfahren, NZI 23/2015, S. 961 ff. [zitiert: MANKOWSKI, Zusicherungen]
- MANKOWSKI PETER, Insolvenznahe Verfahren im Grenzbereich zwischen EuInsVO und EuGVVO – Zur Entscheidung des EuGH in Sachen German Graphics, NZI 13/2010, S. 508 ff. [zitiert: MANKOWSKI, Insolvenznahe Verfahren]
- MANKOWSKI PETER/MÜLLER MICHAEL F./SCHMIDT JESSICA, EuInsVO 2015. Europäische Insolvenzverordnung 2015. Kommentar, München 2016 [zitiert: Mankowski/Müller/Schmidt-BEARBEITERIN]
- MARKUS ALEXANDER R., Revision des 11. Kapitels IPRG: Ausländische Zivilprozesse und Schweizer Insolvenz, in: Guillaume Florence/Pretelli Ilaria (Hrsg.), Les nouveautés en matière de faillite transfrontalière et Les banques et les assurances face aux tiers, Zürich 2016, S. 23 ff. [zitiert: MARKUS, Revision]
- MARKUS ALEXANDER R., Internationales Zivilprozessrecht, Bern 2014 [zitiert: MARKUS, IZPR]

- MARKUS ALEXANDER R., Das neue UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz, SZW 1/1998, S. 15 ff. [zitiert: MARKUS, UNCITRAL-Modellgesetz]
- MARKUS ALEXANDER R., Zum Internationalen Insolvenzrecht. Die Arbeiten der UNCITRAL an einem Modellgesetz, ST 4/1997, S. 295 ff. [zitiert: MARKUS, Internationales Insolvenzrecht]
- MARTIN-SERF ARLETTE, La faillite internationale: Une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant, JDI 1/1995, S. 31 ff. [zitiert: MARTIN-SERF]
- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010 [zitiert: MEIER, ZPR]
- MEIER ISAAK, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht mit Gerichtsstandsgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005 [zitiert: MEIER, IZPR]
- MEIER ISAAK, Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden. Beschwerdeverfahren nach Art. 17 ff. SchKG und Verfahren zum Erlass einer Verfügung, Zürich/Basel/Genf 2002 [zitiert: MEIER, Verwaltungsverfahren]
- MEIER ISAAK, Einführung in das internationale Insolvenzrecht nach schweizerischem Recht unter Einbezug des europäischen Rechts, in: Institut für zivilgerichtliches Verfahren in Zürich (Hrsg.), Mitteilungen aus dem Institut für zivilgerichtliches Verfahren in Zürich, Nr. 23, Zürich 1998, S. 5 ff. [zitiert: MEIER, Einführung]
- MEIER ISAAK/GIUDICI CAMILLA, Neue EU-Insolvenzverordnung und Vorschlag zur Revision des internationalen Konkursrechts in der Schweiz: Behandlung des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit in der Insolvenz, EuZ 1/2016, S. 4 ff. [zitiert: MEIER/GIUDICI]
- MÉLIN FRANÇOIS, La faillite internationale, Paris 2004 [zitiert: MÉLIN]
- MÖHLER CHRISTINE, Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten, Diss., Zürich 2014 [zitiert: MÖHLER]
- MOSS GABRIEL/FLETCHER IAN F./ISAACS STUART, The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide, 3. Aufl., Oxford 2016 [zitiert: MOSS/FLETCHER/ISAACS]
- MUSIELAK HANS-JOACHIM/VOIT WOLFGANG (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 14. Aufl., München 2017 [zitiert: Musielak/Voit-BEARBEITERIN]

- NADEAU-SÉGUIN SARA, When Bankruptcy and Arbitration Meet: A Look at Recent ICC Practice, DRI 1/2011, S. 79 ff. [zitiert: NADEAU-SÉGUIN]
- NAEGELI GEORG, The Capacity of a Bankrupt Party to Be or Remain a Party to International Arbitral Proceedings. A Landmark Decision of the Swiss Federal Supreme Court, ASA Bulletin 2/2013, S. 372 ff. [zitiert: NAEGELI, Capacity]
- NAEGELI GEORG, Bankruptcy and Arbitration – What Should Prevail? The Impact of Bankruptcy on Pending Arbitral Proceedings, in: Klausegger Christian/Klein Peter/Kremslehner Florian/Petsche Alexander/Pitkowitz Nikolaus/Power Jenny/Welser Irene/Zeiler Gerold (Hrsg.), Austrian Yearbook on International Arbitration 2010, Wien/München/Bern 2010, S. 193 ff. [zitiert: NAEGELI, Bankruptcy and Arbitration]
- NAEGELI GEORG, The impact of bankruptcy on a pending arbitral proceeding – comments on a recent decision of the Swiss Federal Supreme Court, Arbitration Newsletter, September 2009, S. 57 ff. [zitiert: NAEGELI, Comments]
- NAEGELI GEORG, Die Auswirkungen der Konkurserklärung auf ein hängiges Schiedsverfahren. Der Entscheid Nr. 4A_428/2008 des Bundesgerichtes vom 31. März 2009, Jusletter 31. August 2009 [zitiert: NAEGELI, Auswirkungen]
- NAEGELI GEORG/VORBURGER SIMON, When a Party to an International Arbitration Goes Bankrupt. A Swiss Perspective, in: Klausegger Christian/Klein Peter/Kremslehner Florian/Petsche Alexander/Pitkowitz Nikolaus/Power Jenny/Welser Irene/Zeiler Gerold (Hrsg.), Austrian Yearbook on International Arbitration 2016, Wien/München/Bern 2016, S. 143 ff. [zitiert: NAEGELI/VORBURGER]
- NAGEL HEINRICH/GOTTWALD PETER, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Aufl., Köln 2013 [zitiert: NAGEL/GOTTWALD]
- NATER-BASS GABRIELLE/MOSIMANN OLIVIER, Effects of Foreign Bankruptcy on International Arbitration, in: Klausegger Christian/Klein Peter/Kremslehner Florian/Petsche Alexander/Pitkowitz Nikolaus/Power Jenny/Welser Irene/Zeiler Gerold (Hrsg.), Austrian Yearbook on International Arbitration 2011, Wien/München/Bern 2011, S. 163 ff. [zitiert: NATER-BASS/MOSIMANN]
- NERLICH JÖRG/RÖMERMAN VOLKER (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO), 31. Ergänzungslieferung, München 2017 [zitiert: Nerlich/Römermann-BEARBEITERIN]

- NEURONI NAEF ELENA/NAEF FRANCESCO, Droit suisse de la faillite internationale: la faillite d'un système?, AJP 11/2008, S. 1396 ff. [zitiert: NEURONI NAEF/NAEF]
- NIBOYET MARIE-LAURE/DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE GÉRAUD, Droit international privé, 5. Aufl., Issy-les-Moulineaux 2015 [zitiert: NIBOYET/DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE]
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar. Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 [zitiert: BSK StGB II-BEARBEITERIN]
- NUSSBAUM WERNER, Das schweizerische internationale Insolvenzrecht gemäss dem Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht und sein Umfeld in Europa, Zürich 1989 [zitiert: NUSSBAUM]
- OBERHAMMER PAUL, Jäger des verlorenen Schatzes: Deutsche Insolvenzverwalter in der Schweiz, in: Kern Bernd-Rüdiger/Lilie Hans (Hrsg.), Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur. Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, Frankfurt am Main 2010, S. 327 ff. [zitiert: OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter]
- OBERHAMMER PAUL, Besprechung des Entscheids BGer 5A_222/2008 (BGE 135 III 40), ZZZ 2008/2009, S. 430 ff. [zitiert: OBERHAMMER, Urteilsbesprechung]
- OBERHAMMER PAUL, Zur internationalen Anfechtungsbefugnis des Sekundärverwalters nach Europäischem Insolvenzrecht, KTS 3/2008, S. 271 ff. [zitiert: OBERHAMMER, Anfechtungsbefugnis]
- OBERHAMMER PAUL, Aktuelle Probleme des europäischen Insolvenzrechts, in: Spühler Karl (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht IV, Zürich 2005, S. 117 ff. [zitiert: OBERHAMMER, Aktuelle Probleme]
- OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar. ZPO. Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 [zitiert: Oberhammer/Domej/Haas-BEARBEITERIN]
- OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar. Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl., Basel 2015 [zitiert: BSK LugÜ-BEARBEITERIN]

- PAIR LARA, Auswirkungen einer Insolvenz im Internationalen Schiedsverfahren. Bundesgericht I. Zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 16. Oktober 2012, *X Lda. v. Y Ltd.*, Beschwerde gegen den Schiedsspruch des ICC Schiedsgerichts der Internationalen Handelskammer vom 23. November 2011, BGer 4A_50/2012, zur amtlichen Publikation vorgesehen, AJP 4/2013, S. 615 ff. [zitiert: PAIR]
- PANNEN KLAUS (Hrsg.), Europäische Insolvenzverordnung. Kommentar, Berlin 2007 [zitiert: Pannen-BEARBEITERIN]
- PAPE GERHARD/UHLENBRUCK WILHELM/VOIGT-SALUS JOACHIM, Insolvenzrecht, 2. Aufl., München 2010 [zitiert: PAPE/UHLENBRUCK/VOIGT-SALUS]
- PARZINGER JOSEF, Die neue EuInsVO auf einen Blick, NZI 3/2016, S. 63 ff. [zitiert: PARZINGER]
- PAULUS CHRISTOPH G., Europäische Insolvenzverordnung. Kommentar, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2013 [zitiert: PAULUS, EuInsO]
- PAULUS CHRISTOPH G., Grundlagen des neuen Insolvenzrechts – Internationales Insolvenzrecht, DStR 8/2005, S. 334 ff. [zitiert: PAULUS, Grundlagen]
- PAULUS CHRISTOPH G., Rechtsvergleichung im nationalen wie internationalen Insolvenzrecht: Eine Erfolgsgeschichte, in: Schütze Rolf A. (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Rechts. Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 795 ff. [zitiert: PAULUS, Rechtsvergleichung]
- PAULUS CHRISTOPH G., Verbindungslinien des modernen Insolvenzrechts, ZIP 49/2000, S. 2189 ff. [zitiert: PAULUS, Verbindungslinien]
- PICHLER MARKUS, Die Stellung des Willensvollstreckers in «nichterbrechtlichen» Zivilprozessen unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Erben, Diss., Zürich/Basel/Genf 2011 [zitiert: PICHLER]
- POGACAR BARBARA, Grenzüberschreitende Insolvenzverfahren. Ein Vergleich des österreichischen, deutschen und schweizerischen Insolvenzrechts mit dem UNCITRAL Mustergesetz über grenzüberschreitende Insolvenzen, ZfRV 5–6/2008, S. 258 ff. [zitiert: POGACAR]
- PRAGER MARTIN/KELLER CHRISTOPH, Der Entwicklungsstand des Europäischen Insolvenzrechts, WM 17/2015, S. 805 ff. [zitiert: PRAGER/KELLER]
- RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR. Kommentar. Bd. I, Brüssel Ia-VO, 4. Aufl., Köln 2016 [zitiert: Rauscher I-BEARBEITERIN]

- RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR. Kommentar. Bd. II, EG-VollstrTitelVO, EG-MahnVO, EG-BagatellVO, EU-KPfVO, HProrogÜbk 2005, EG-ZustVO 2007, EG-BewVO, EG-InsVO, 4. Aufl., Köln 2015 [zitiert: Rauscher II-BEARBEITERIN]
- RECHBERGER WALTER H./SIMOTTA DAPHNE-ARIANE, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. Erkenntnisverfahren, 8. Aufl., Wien 2010 [zitiert: RECHBERGER/SIMOTTA]
- REINHART STEFAN, Die Bedeutung der EuInsVO im Insolvenzeröffnungsverfahren – Besonderheiten paralleler Eröffnungsverfahren, NZI 4/2009, S. 201 ff. [zitiert: REINHART]
- REISER HANS, Allgemeine Voraussetzungen der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete in der Schweiz, in: Walder Hans Ulrich/Jaag Tobias/Zobl Dieter (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, S. 319 ff. [zitiert: REISER]
- REITHMANN CHRISTOPH/MARTINY DIETER (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 8. Aufl., Köln 2015 [zitiert: Reithmann/Martiny-BEARBEITERIN]
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht. Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014 [zitiert: RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR]
- RÖDIG JÜRGEN (Kindermann Harald [Hrsg.]), Einführung in eine analytische Rechtslehre, Berlin/Heidelberg 1986 [zitiert: RÖDIG]
- RODRIGUEZ RODRIGO, Zuständigkeiten im internationalen Insolvenzrecht. Der 11. Titel des IPRG im Rechtsvergleich mit der europäischen Insolvenzverordnung und dem UNCITRAL-Modellgesetz, Habil., Bern 2016 [zitiert: RODRIGUEZ, Zuständigkeiten]
- RODRIGUEZ RODRIGO, Rechtsvergleichende Betrachtungen *de lege ferenda* zum 11. Kapitel des IPRG, SZIER 3/2015, S. 399 ff. [zitiert: RODRIGUEZ, Rechtsvergleichende Betrachtungen]
- RÖMER FABIAN, Arbitration and Insolvency – A Matter of Capacity, VJ 1/2011, S. 65 ff. [zitiert: RÖMER]
- ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 [zitiert: ROSENTHAL/JÖHRI]

- ROSSBACH OLIVER, Europäische Insolvenzverwalter in Deutschland, Diss., Köln 2006 [zitiert: ROSSBACH]
- RÜEDE THOMAS/HADENFELDT REIMER, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht nach Konkordat und IPRG, 2. Aufl., Zürich 1993 [zitiert: RÜEDE/HADENFELDT]
- SCHACK HAIMO, Internationales Zivilverfahrensrecht mit internationalem Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht, 6. Aufl., München 2014 [zitiert: SCHACK]
- SCHMIDT ANDREAS (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht. InsO, EuInsVO, EGInsO (Auszug), InsVV, VbrInsVV, InsOBekV, Insolvenzstrafrecht, 6. Aufl., Köln 2017 [zitiert: HambKomm-BEARBEITERIN]
- SCHMIDT KARSTEN (Hrsg.), Insolvenzordnung. InsO mit EuInsVO, 19. Aufl., München 2016 [zitiert: Schmidt-BEARBEITERIN]
- SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht. Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011 [zitiert: Schnyder-BEARBEITERIN]
- SCHNYDER ANTON K., Internationales Insolvenzrecht Deutschlands und der Schweiz – unter Einbezug der EG-Verordnung Nr. 1346/2000, in: Gottwald Peter (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, Bielefeld 2002, S. 385 ff. [zitiert: SCHNYDER, Internationales Insolvenzrecht]
- SCHNYDER ANTON K., Internationales Konkursrecht der Schweiz – unter Berücksichtigung des US-amerikanischen Rechts, in: Heldrich Andreas/Kono Toshiyuki (Hrsg.), Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Tübingen 1994, S. 119 ff. [zitiert: SCHNYDER, Internationales Konkursrecht]
- SCHNYDER ANTON K./LIATOWITSCH MANUEL, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 [zitiert: SCHNYDER/LIATOWITSCH]
- SCHWAB KARL HEINZ/WALTER GERHARD, Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar, 7. Aufl., München 2005 [zitiert: SCHWAB/WALTER]
- SCHWANDER IVO, Rechtsprechung zum internationalen Schuld- und Zwangsvollstreckungsrecht, SZIER 4/2015, S. 637 ff. [zitiert: SCHWANDER, Rechtsprechung]

- SCHWANDER IVO, Internationales Privatrecht (IPR) und Internationales Zivilprozessrecht (IZPR) des Konzernrechts, in: Kunz Peter V./Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, S. 79 ff. [zitiert: SCHWANDER, IPR und IZPR des Konzernrechts]
- SCHWANDER IVO, Besprechung des Entscheids des Schweizerischen Bundesgerichts, II. Zivilabteilung, 23. September 2008, X als Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren der A. GmbH & Co. KG gegen Y als ausseramtlicher Konkursverwalter im Konkurs der B. AG, Beschwerde (5A_222/2008), amtlich publiziert: BGE 135 III 40, SZIER 3/2009, S. 429 f. [zitiert: SCHWANDER, Besprechung]
- SCHWANDER IVO, Entwicklungen im Internationalen Konkurs- und Sanierungsrecht, Jusletter 25. Oktober 2004 [zitiert: SCHWANDER, Entwicklungen]
- SCHWANDER IVO, Besprechung des Entscheids des Bezirksgerichts Zürich, 4. August 1999, bestätigt durch das Obergericht des Kantons Zürich, 11. Oktober 1999, Konkursmasse X. Nicht publiziert, SZIER 3/2000, S. 382 ff. [zitiert: SCHWANDER, BGZ-Entscheid]
- SCHWANDER IVO, Die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete, Nachlassverträge und Kollokationspläne in der Schweiz, in: Meier-Schatz Christian J./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Recht und Internationalisierung, Zürich 2000, S. 331 ff. [zitiert: SCHWANDER, Anerkennung]
- SCHWANDER IVO, Einführung in das internationale Privatrecht. Erster Band: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., St. Gallen 2000 [zitiert: SCHWANDER, Einführung I]
- SCHWANDER IVO, Einführung in das internationale Privatrecht. Zweiter Band: Besonderer Teil, St. Gallen/Lachen 1997 [zitiert: SCHWANDER, Einführung II]
- SEILER BENEDIKT, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013 [zitiert: SEILER, Berufung]
- SEILER HANSJÖRG, Einführung in das Recht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 [zitiert: SEILER, Einführung]
- SHELDON RICHARD (Hrsg.), Cross-Border Insolvency, 4. Aufl., Haywards Heath 2015 [zitiert: Sheldon-BEARBEITERIN]
- SIEHR KURT, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002 [zitiert: SIEHR, Das internationale Privatrecht]
- SIEHR KURT, Grundfragen des internationalen Konkursrechts, SJZ 5/1999, S. 85 ff. [zitiert: SIEHR, Grundfragen]

- SONNENBERGER HANS JÜRGEN/DAMMANN REINHARD, *Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 2008 [zitiert: SONNENBERGER/DAMMANN]
- SPAHLINGER ANDREAS, *Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen*, Diss., Tübingen 1998 [zitiert: SPAHLINGER]
- SPRECHER THOMAS, *Die Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren*, in: Spühler Karl (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechtes*, Zürich 2003, S. 21 ff. [zitiert: SPRECHER, *Europäische Verordnung*]
- SPÜHLER KARL, *Vollstreckung von ausländischen Konkurserkennnissen*, in: Leuenberger Christoph/Guy Jacques-André (Hrsg.), *Rechtshilfe und Vollstreckung, Zivilsachen, Kindesentführungen und Konkurs*, Bern 2004, S. 155 ff. [zitiert: SPÜHLER, *Vollstreckung*]
- SPÜHLER KARL, *Anerkennung von ausländischen Insolvenzzentscheiden (mit Einschluss USA)*, in: Spühler Karl (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechtes*, Zürich 2003, S. 83 ff. [zitiert: SPÜHLER, *Anerkennung*]
- SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts*, 9. Aufl., Bern 2010 [zitiert: SPÜHLER/DOLGE/GEHRI]
- SPÜHLER KARL/RODRIGUEZ RODRIGO, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 [zitiert: SPÜHLER/RODRIGUEZ]
- SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), *Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2017 [zitiert: BSK ZPO-BEARBEITERIN]
- STACHER MARCO, *Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2015 [zitiert: STACHER]
- STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), *Basler Kommentar. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, Art. 1–47 GSchG, Art. 51–58 AVIG*, 2. Aufl., Basel 2010 [zitiert: BSK SchKG II-BEARBEITERIN]
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, *Zivilprozessrecht. Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 [zitiert: STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND]
- STAEHELIN ADRIAN/SUTTER THOMAS, *Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts*, Zürich 1992 [zitiert: STAEHELIN/SUTTER]

- STAEHELIN DANIEL, Das internationale Betreibungsrecht, BLSchKG 4/2015, S. 125 ff. [zitiert: STAEHELIN, Das internationale Betreibungsrecht]
- STAEHELIN DANIEL, Konkurs im Ausland – Drittschuldner in der Schweiz, in: Riemer Hans Michael/Kuhn Moritz W./Vock Dominik/Gehri Myriam A (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht. Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, S. 407 ff. [zitiert: STAEHELIN, Konkurs im Ausland]
- STAEHELIN DANIEL, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz (Art. 166 ff. IPRG), Diss., Basel 1989 [zitiert: STAEHELIN, Anerkennung]
- STEIN FRIEDRICH/JONAS MARTIN (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 10, EuGVVO, GVG, 22. Aufl., Tübingen 2011 [zitiert: Stein/Jonas EuGVVO-BEARBEITERIN]
- STEIN FRIEDRICH/JONAS MARTIN (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, §§ 1–77, 23. Aufl., Tübingen 2014 [zitiert: Stein/Jonas ZPO-BEARBEITERIN]
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017 [zitiert: SUTTER-SOMM]
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016 [zitiert: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-BEARBEITERIN]
- SYNVET HERVÉ, Faillite, in: Carreau Dominique/Lagarde Paul/Synvet Hervé/Bernard Annick/Bonnafous Catherine (Hrsg.), Répertoire de droit international, Bd. II, Paris 1998 [zitiert: SYNVET]
- SZÁSZY ISTVÁN, International Civil Procedure. A Comparative Study, Budapest 1967 [zitiert: SZÁSZY]
- THEUS SIMONI FABIANA, Konkurs im Ausland, Drittschuldner in der Schweiz. Wie Doppelzahlungen vermeiden, ST 12/1998, S. 1429 ff. [zitiert: THEUS SIMONI, Konkurs im Ausland]
- THEUS SIMONI FABIANA, Englische, walisische und französische Konkursverwalter in der Schweiz, Diss., Zürich 1997 [zitiert: THEUS SIMONI, Konkursverwalter]
- THOLE CHRISTOPH, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht. Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz, Habil., Tübingen 2010 [zitiert: THOLE]

- THOMAS HEINZ/PUTZO HANS (Hrsg.), Zivilprozessordnung, FamFG, Verfahren in Familiensachen, EGZPO, GVG, EGGVG, EU-Zivilverfahrensrecht. Kommentar, 38. Aufl., München 2017 [zitiert: Thomas/Putzo-BEARBEITERIN]
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxis-kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2012 [zitiert: TRECHSEL/PIETH]
- TRUNK ALEXANDER, Grenzüberschreitende Insolvenz von Gesellschaften im Verhältnis EG-Schweiz: Folgerungen aus Centros, Überseering und Inspire Art, SZIER 4/2004, S. 531 ff. [zitiert: TRUNK, Grenzüberschreitende Insolvenz]
- TRUNK ALEXANDER, Internationales Insolvenzrecht. Systematische Darstellung des deutschen Rechts mit rechtsvergleichenden Bezügen, Habil., Tübingen 1998 [zitiert: TRUNK, Internationales Insolvenzrecht]
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015 [zitiert: TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO]
- UHLENBRUCK WILHELM/HIRTE HERIBERT/VALLENDER HEINZ (Hrsg.), Insolvenzordnung. Kommentar, 14. Aufl., München 2015 [zitiert: Uhlenbruck/Hirte/Vallender-BEARBEITERIN]
- VALLENS JEAN-LUC, La faillite internationale en dehors du droit communautaire: rapport français, in: Affaki Georges (Hrsg.), Faillite internationale et conflit de juridictions: regards croisés transatlantiques, Bruxelles/Paris 2007, S. 135 ff. [zitiert: VALLENS]
- VIRGÓS MIGUEL/GARCIMARTÍN FRANCISCO, The European Insolvency Regulation: Law and Practice, The Hague 2004 [zitiert: VIRGÓS/GARCIMARTÍN]
- VIRGÓS MIGUEL/SCHMIT ETIENNE, Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverwaltung, in: Stoll Hans (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, Tübingen 1997, S. 32 ff. [zitiert: VIRGÓS/SCHMIT]
- VOLKEN PAUL, Der internationale Konkurs in neuer Sicht, in: Steinauer Paul-Henri (Hrsg.), L'image de l'homme en droit. Mélanges publiés par la faculté de droit à l'occasion du centenaire de l'université de Fribourg. Das Menschenbild im Recht. Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg 1990, S. 537 ff. [zitiert: VOLKEN]

- VORBURGER SIMON, International Arbitration and Cross-Border Insolvency. Comparative Perspectives, Diss., Zürich 2014 [zitiert: VORBURGER]
- VORWERK VOLKER/WOLF CHRISTIAN (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar ZPO, 22. Aufl., München 2016 [zitiert: Vorwerk/Wolf-BEARBEITERIN]
- WAGNER PHILIPP K., When International Insolvency Law Meets International Arbitration, DRI 1/2009, S. 56 ff. [zitiert: WAGNER, International Insolvency]
- WAGNER PHILIPP K., Abstimmungsfragen zwischen Internationalem Insolvenzrecht und Internationaler Schiedsgerichtsbarkeit. Unter besonderer Berücksichtigung der Anerkennung grenzüberschreitender Insolvenzen durch Schiedsgerichte, Diss., Frankfurt am Main 2008 [zitiert: WAGNER, Abstimmungsfragen]
- WALDER HANS ULRICH, Die international konkursrechtlichen Bestimmungen des neuen IPR-Gesetzes, in: Dallèves Louis/Kleiner Beat/Krauskopf Lutz/Raschein Rolf/Schüpbach Henri/Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG. Centenaire de la LP, Zürich 1989, S. 325 ff. [zitiert: WALDER, Die international konkursrechtlichen Bestimmungen]
- WALDER HANS ULRICH, Einführung in das Internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989 [zitiert: WALDER, Einführung]
- WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 [zitiert: WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER]
- WALDMANN TOBIAS, Annexverfahren im Europäischen Insolvenzrecht, Diss., Frankfurt am Main 2015 [zitiert: WALDMANN]
- WALTER GERHARD/DOMEJ TANJA, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl., Bern 2012 [zitiert: WALTER/DOMEJ]
- WALTER HANS PETER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009 – Veröffentlicht in den Bänden 133 bis 135, ZBJV 3/2011, S. 222 ff. [zitiert: WALTER]
- WALTHER FRIDOLIN, Paulianische Anfechtungsansprüche im internationalen Verhältnis – ausgewählte Probleme, in: Spühler Karl (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht V, Zürich 2005, S. 79 ff. [zitiert: WALTHER, Paulianische Anfechtungsansprüche]

- WALTHER FRIDOLIN, Grundlagen des Internationalen Insolvenzrechts der Schweiz, in: DACH Europäische Anwaltsvereinigung e.V. (Hrsg.), Grenzüberschreitendes Insolvenzrecht, Köln 2004, S. 47 ff. [zitiert: WALTHER, Grundlagen]
- WALTHER FRIDOLIN, Allgemeiner Überblick: Grundlagen und Probleme des internationalen Konkursrechts, in: Spühler Karl (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Internationalen Insolvenzrechtes, Zürich 2003, S. 1 ff. [zitiert: WALTHER, Allgemeiner Überblick]
- WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/BAUER THOMAS/WINZELER CHRISTOPH (Hrsg.), Basler Kommentar. Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013 [zitiert: BSK BankG-BEARBEITERIN]
- WEHDEKING SILKE, Reform des Internationalen Insolvenzrechts in Deutschland und Österreich, DZWIR 4/2003, S. 133 ff. [zitiert: WEHDEKING]
- WEHRLI DANIEL, Die Schiedsgerichtsbarkeit, in: Sutter-Somm Thomas/Hassenböhler Franz (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung. Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 107 ff. [zitiert: WEHRLI]
- WESSELS BOB, International Insolvency Law Part I. Global Perspectives on Cross-Border Insolvency Law, 4. Aufl., Deventer 2015 [zitiert: WESSELS, Insolvency Law]
- WESSELS BOB, Current Topics of International Insolvency Law, Deventer 2004 [zitiert: WESSELS, Current Topics]
- WESTPFAHL LARS/GOETKER UWE/WILKENS JOCHEN, Grenzüberschreitende Insolvenzen, Köln 2008 [zitiert: WESTPFAHL/GOETKER/WILKENS]
- WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses. Grundlagen. Grundelemente. Gerichtsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2012 [zitiert: WILLISEGGER]
- WIMMER KLAUS, Die UNCITRAL-Modellbestimmungen über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren, ZIP 51–52/1997, S. 2220 ff. [zitiert: WIMMER]
- WIMMER KLAUS/BORNEMANN ALEXANDER/LIENAU MARC D., Die Neufassung der EuInsVO, Köln 2016 [zitiert: Wimmer/Bornemann/Lienau-BEARBEITERIN]
- WÜTHRICH KARL, Kann eine ausländische Konkursmasse in der Schweiz eine Klage gegen einen ihrer Schuldner mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz einleiten?, Jusletter 25. Oktober 2004 [zitiert: WÜTHRICH]
- WYEN JAN-HENNING, Rechtswahlfreiheit im europäischen Insolvenzrecht, Diss., Tübingen 2014 [zitiert: WYEN]

ZILTENER FELIX/SPÄTH ANDREA, Die Anerkennung ausländischer Konkurse
in der Praxis des Bezirksgerichts Zürich, ZZZ 2005, S. 37 ff. [zitiert:
ZILTENER/SPÄTH]

Materialien und amtliche Publikationen

I. National

BUNDESRAT, Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel: Konkurs und Nachlassvertrag) vom 24. Mai 2017, BBl 2017 4125 [zitiert: Botschaft 11. Kapitel IPRG]

BUNDESRAT, Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel: Konkurs und Nachlassvertrag) vom 24. Mai 2017, BBl 2017 4149 [zitiert: E-IPRG]

BUNDESRAT, Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 [zitiert: Botschaft ZPO]

BUNDESRAT, Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) vom 10. November 1982, BBl 1983 I 263 [zitiert: Botschaft IPRG]

DEUTSCHER BUNDESTAG, Gesetzesentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Insolvenzrechts, Drucksache 15/16 vom 25. Oktober 2002 [zitiert: BT-Drs. 15/16]

DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH/JAKOB MARJOLAINE, Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel, Konkurs und Nachlassvertrag), 5. Februar 2016 [zitiert: Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB]

EJPD, Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel: Konkurs und Nachlassvertrag), Bericht über das Vernehmlassungsverfahren, 26. April 2017 [zitiert: Bericht über das Vernehmlassungsverfahren]

EJPD, Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs und Nachlassvertrag), veröffentlicht am 14. Oktober 2015 [zitiert: Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs]

EJPD, Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Konkurs- und Nachlassvertrag), veröffentlicht am 14. Oktober 2015 [zitiert: VE-IPRG]

FINMA, Verfügung vom 28. August 2012 betreffend Anerkennung von ausländischen Bankeninsolvenzverfahren ohne Durchführung eines Partikularverfahrens in der Schweiz, FINMA-Bulletin 4/2013, S. 128 ff. [zitiert: Verfügung der FINMA vom 28. August 2012]

MARKUS ALEXANDER, Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (11. Kapitel, Konkurs und Nachlassvertrag), 5. Februar 2016 [zitiert: Vernehmlassung MARKUS]

II. International

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Arbeitsunterlagen der Kommissionsdienststellen. Zusammenfassung der Folgenabschätzung. Begleitunterlagen zum Vorschlag zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren, Strassburg 12. Dezember 2012, SWD(2012) 417 [zitiert: SWD(2012) 417]

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, Strassburg 12. Dezember 2012, COM(2012) 743 [zitiert: COM(2012) 743]

EUROPÄISCHE KOMMISSION, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren, Strassburg 12. Dezember 2012, COM(2012) 744 [zitiert: COM(2012) 744]

HESS BURKHARD/OBERHAMMER PAUL/PFEIFFER THOMAS, External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (Just/2011/JCIV/PR/0049/A4), Heidelberg/Wien [zitiert: External Evaluation]

INTERNATIONAL MONETARY FUND, Orderly & Effective Insolvency Procedures. Key Issues, 1999 [zitiert: IMF, Key Issues]

UNCITRAL, Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, United Nations, New York 2014 [zitiert: UNCITRAL Guide]

UNCITRAL, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Parts One and Two, United Nations, New York 2005 [zitiert: UNCITRAL Legislative Guide I and II]

1. Teil: Einleitung

I. Problemstellung

Die Gewährleistung einer effektiven grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung ist eine der wesentlichen Voraussetzungen für einen erfolgreichen internationalen Wirtschafts-, Handels- und Rechtsverkehr.¹ Die Ermöglichung der grenzüberschreitenden Prozessführung ist dafür eine notwendige Bedingung. Einerseits sollte daher ausländischen Parteien grundsätzlich der Zugang zu inländischen Gerichten offenstehen, andererseits sollte inländischen Parteien (nach inländischem Recht) der Zugang zu ausländischen Gerichten nicht verwehrt werden. Aber auch die Möglichkeit der Anerkennung, der Vollstreckbarerklärung und der tatsächlichen Vollstreckung ausländischer Entscheide im Inland leistet einen wichtigen und notwendigen Beitrag für das Funktionieren des internationalen Wirtschafts-, Handels- und Rechtsverkehrs, indem sie ein Mindestmass an Rechtsdurchsetzungssicherheit garantiert. Das Erfordernis eines wirksamen nationalen und internationalen Zwangsvollstreckungsrechts geht damit einher.

Bei der Ausgestaltung des internationalen Insolvenzrechts eines Staates sollte grundsätzlich der Schutz der an grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren beteiligten Personen, d.h. sowohl des Gemeinschuldners als auch der Gläubiger und anderer betroffener Dritter, im Vordergrund stehen und die Ausrichtung bestimmen. Zu diesem Zweck ist anzustreben, dass das internationale Insolvenzrecht eines Staates den Anforderungen der Effektivität, Vorhersehbarkeit und Verlässlichkeit zumindest in wesentlichen Zügen genügt. Von den Bedürfnissen der durch ein Insolvenzverfahren betroffenen Personen im Einzelfall abgesehen, kann ein effektives, vorhersehbares und verlässliches nationales und internationales Insolvenzrecht Auswirkungen auf das Verhalten von Marktteilnehmern haben,² indem eine solche Ausgestaltung indirekt die Attraktivität eines Staates als Wirtschaftsstandort, dessen

¹ Für die Schweiz hat der internationale Wirtschaftsverkehr eine signifikante Bedeutung. So betrugen für das Jahr 2016 die schweizerische Exportquote 32.6% des Bruttoinlandsprodukts sowie die schweizerische Importquote 27% des Bruttoinlandsprodukts (<https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/themen/schweizerische-aussenhandelsstatistik/kurzportraet-des-schweizer-aussenhandels.html>; zuletzt besucht am 04.11.2017).

² Vgl. PAULUS, Rechtsvergleichung, S. 799 f.

Wettbewerbsfähigkeit und Wirtschaftswachstum beeinflusst.³ Anerkennt ein Staat ausländische Insolvenzverfahren resp. ausländische Insolvenzdekrete nicht oder nur sofern hohe Anforderungen erfüllt sind, oder ist auch bei einer erfolgreichen Anerkennung der Zugriff auf im betreffenden Staat gelegene Vermögenswerte mit erheblichen Einschränkungen verbunden, dann kann sich wirtschaftliches Handeln unter Umständen als risikoreicher als in anderen Staaten erweisen.⁴ Auch wenn derartige gesamtwirtschaftliche Auswirkungen der Ausgestaltung eines internationalen Insolvenzrechts nicht in jedem Fall die Entscheidungen von Marktteilnehmern beeinflussen müssen oder zu den wichtigsten Entscheidungsfaktoren gehören, kann auch solchen Auswirkungen mit einer inhaltlichen Harmonisierung der nationalen Insolvenzrechtsgesetze entgegengewirkt werden.

- ³ Mit dem UNCITRAL-Modellgesetz über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren aus dem Jahr 1997, an dessen Bestimmungen bis *dato* 43 Staaten ihr nationales internationales Insolvenzrecht ausgerichtet haben⁵, sowie mit der in der EU (mit Ausnahme Dänemarks) seit dem Jahr 2002 (seit dem 26. Juni 2017 in ihren wesentlichen Teilen in Form der Neufassung) geltenden Europäischen Insolvenzverordnung wurden auf internationaler Ebene Instrumente geschaffen, um eine wirksamere grenzüberschreitende Durchsetzung von Insolvenzforderungen sicherzustellen. Diese Entwicklungen werden als Schritt in Richtung einer internationalen Harmonisierung des grenzüberschreitenden Insolvenzrechts gewertet.⁶ Der internationale Trend führt unter anderem auch zu einer liberaleren Gewährung resp. Anerkennung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor nationalen Gerichten.
- ⁴ Die internationalen Entwicklungen und Tendenzen stehen in einem Spannungsverhältnis zu dem im schweizerischen internationalen Insolvenzrecht weiterhin vorherrschenden – wenn auch gelockerten – passiven Territorialitätsprinzip⁷. Nach der geltenden gesetzlichen Regelung (11. Kapitel des IPRG/Art. 166–175 IPRG) kann ein ausländisches Insolvenzdekret, sofern

³ Vgl. IMF, Key Issues, Nr. 1 sowie Nr. 3; UNCITRAL Guide, Rz. 5; PAULUS, Rechtsvergleichung, S. 799; PAULUS, Verbindungslinien, S. 2190; WALTHER, Allgemeiner Überblick, S. 2; WALTHER, Grundlagen, S. 59; ZILTENER/SPÄTH, S. 37.

⁴ Vgl. SPRECHER, Europäische Verordnung, S. 23.

⁵ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html (zuletzt besucht am 04.11.2017).

⁶ Vgl. POGACAR, S. 258.

⁷ Vgl. dazu nachstehend Rz. 59 f.

die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind, durch ein schweizerisches Gericht anerkannt werden (vgl. Art. 166 Abs. 1 IPRG).⁸ Die erfolgreiche Anerkennung führt aber zu keiner Wirkungserstreckung der im ausländischen Recht vorgesehenen Folgen der Insolvenzeröffnung auf die Schweiz.⁹ Vielmehr wird in der Schweiz ein (Sekundär-)Konkursverfahren¹⁰ zu Gunsten des ausländischen Insolvenzverfahrens durchgeführt.¹¹ Dieser Verfahrensablauf hat, unter anderem, erhebliche Auswirkungen auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten. Im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG¹² kommt ihnen nahezu keine Prozessführungsbefugnis zu.¹³ Diese Regelung, die insbesondere mit dem dadurch angestrebten Schutz der Interessen schweizerischer Gläubiger begründet wird,¹⁴ kann verschiedenen Interessen, unter anderem jenen der ausländischen Insolvenzmasse, des ausländischen Gemeinschuldners, aber auch der in- und ausländischen Gläubiger, zuwiderlaufen.

In der Praxis erweist sich das strikte Festhalten am gelockerten passiven Territorialitätsprinzip als zunehmend unzeitgemäss und nicht interessengerecht.¹⁵ Die gesetzliche Regelung, die einen konkursrechtlichen Protektionsismus propagiert, ist mit den internationalen Entwicklungen kaum mehr

⁸ Vgl. dazu nachstehend Rz. 61 ff.

⁹ Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 8. Vgl. auch BGE 135 III 40, 44; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 170 N 3; ZK IPRG-VOLKEN, Art. 170 N 9; BERTI/INFANGER, S. 37; BRUNNER, Gläubigerschutz, S. 20; DOMEJ, Haftungsverwirklichung, S. 348; GEHRI/KOSTKIEWICZ, S. 194 f.; HANISCH, Vollstreckung, S. 17 sowie S. 27; JAKES, S. 25; SIEHR, Grundfragen, S. 87; THEUS SIMONI, Konkurs im Ausland, S. 1431. A.A. wohl noch VOLKEN, S. 550 f.

¹⁰ Nachfolgend wird der Begriff *Sekundärkonkursverfahren* für das Verfahren nach Art. 170 Abs. 1 IPRG verwendet. In der Lehre und der Rechtsprechung werden unter anderem auch die Begriffe *Anschlusskonkurs*, *Hilfskonkurs*, *Hilfsverfahren*, *IPRG-Konkurs*, *IPRG-Minikonkurs*, *Minikonkurs*, *Parallelkonkurs*, *Partikularkonkurs*, *Partikularinsolvenzkonkurs*, *Rechtshilfekonkurs* und *Sonderkonkurs* verwendet.

¹¹ Vgl. dazu nachstehend Rz. 60 sowie Rz. 65.

¹² Vgl. zum Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG nachstehend Rz. 76 ff.

¹³ SCHWANDER, Besprechung, S. 430, stellt diesbezüglich zutreffend fest: «[I]n der Schweiz legt man ausländischen Konkursverwaltern nicht nachvollziehbare Hindernisse in den Weg, sodass sie nicht einmal als demütige Bittsteller eine Forderungseingabe machen können.»

¹⁴ Vgl. dazu nachstehend Rz. 60.

¹⁵ SCHWANDER, Einführung II, Rz. 908, führt(e) im Jahr 1997 (noch) aus, dass die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens «zu einem rechtspolitisch gleichwertigen und souveränitätspolitisch akzeptablen und auch praktikablen Ergebnis» führe.

kompatibel und hat negative Auswirkungen für alle an einem ausländischen Insolvenzverfahren Beteiligten (z.B. Gemeinschuldner, in- und ausländische Gläubiger, ausländische Insolvenzverwalter)¹⁶. Doch trotz der offensichtlichen Notwendigkeit eines «judiziellen Richtungswechsel[s]»¹⁷ hält die bundesgerichtliche Rechtsprechung an der geltenden Regelung fest¹⁸. Der Handlungsbedarf wurde aber erkannt. Nach Veröffentlichung des Vorentwurfs zur Änderung des 11. Kapitels des IPRG im Oktober 2015¹⁹ erfolgte im Mai 2017 die Publikation des definitiven Entwurfs zur Revision der Art. 166 ff. IPRG sowie der diesbezüglichen Botschaft²⁰. Wie schon der VE-IPRG sieht auch der E-IPRG eine Erweiterung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten vor, wobei deren Ausgestaltung im E-IPRG gegenüber dem VE-IPRG einzelne Anpassungen erfuhr.

II. Aufbau der Untersuchung und Eingrenzung

- 6 Die vorliegende Arbeit untersucht die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten und Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz. Daneben werden auch die Regelungen betreffend die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach der EuInsVO und dem UNCITRAL-Modellgesetz näher betrachtet.
- 7 Die Arbeit ist, abgesehen von der vorliegenden Einleitung und der Zusammenfassung²¹, in sieben weitere Teile gegliedert. Nach der Einleitung erfolgt

¹⁶ Vgl. Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4128 f.; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 4.

¹⁷ So die Wortwahl von EMMENEGGER, S. 368, mit Bezug auf die richterliche Fortbildung des Rechts.

¹⁸ Vgl. diesbezüglich die Ausführungen in BGE 137 III 570, 576: «[...] ob die Regelung gemäss Art. 166 ff. IPRG sinnvoll bzw. noch zeitgemäss ist (gerade auch im Lichte des [...] revidierten Art. 37g BankG), ist vorliegend nicht zu prüfen.» COURVOISIER, 2011/2012, S. 212, führt zu diesem Entscheid aus: «Nun ist es aber ein anerkannter Auslegungsgrundsatz, dass wenn sich der Zweck einer Norm nicht verwirklichen kann, er nicht mehr zeitgemäss ist, eine entsprechende abweichende Auslegung geboten ist. Die Sturheit, mit der das Bundesgericht seine Linie verfolgt, ist daher umso erstaunlicher. Sie entspricht nicht Schweizer Rechtstradition.»

¹⁹ BBl 2015 7661.

²⁰ BBl 2017 4125.

²¹ Vgl. dazu nachstehend Rz. 387 ff.

im zweiten Teil²² zunächst eine Betrachtung der für die Untersuchung des Themas wichtigsten Grundlagen. Sodann wird im dritten Teil²³ die Ausgestaltung des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts kurz beleuchtet.

Der vierte Teil²⁴ thematisiert die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten. Neben der Erörterung der Prozessführungsbefugnis, die ausländischen Insolvenzverwaltern im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG zusteht, wird auch der Frage nach dem Bestand und den etwaigen Wirkungen der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG nachgegangen. Im fünften Teil²⁵ folgt unter anderem eine Untersuchung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz. 8

Die Teile sechs²⁶ und sieben²⁷ behandeln die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach der EuInsVO sowie nach dem UNCITRAL-Modellgesetz. 9

Schliesslich wird im achten Teil²⁸ die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach dem E-IPRG untersucht und analysiert. 10

Der Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit liegt auf der Rechtslage in der Schweiz, vorwiegend unter Anwendung des IPRG. Auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter im Anwendungsbereich des BankG, des VAG, des BEHG, des KAG sowie des FinfraG wird nur punktuell eingegangen. Die Untersuchung beschränkt sich sodann auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter, soweit diese im Rahmen der Verwaltung der (ausländischen) Insolvenzmasse tätig werden. Nicht einbezogen wird die Befugnis ausländischer Insolvenzverwalter zur Prozessführung nach den im Bereich des internationalen Insolvenzrechts für die Schweiz in Kraft stehenden Staatsverträgen²⁹. Ebenso wird die (etwaige) 11

²² Vgl. dazu nachstehend Rz. 12 ff.

²³ Vgl. dazu nachstehend Rz. 54 ff.

²⁴ Vgl. dazu nachstehend Rz. 74 ff.

²⁵ Vgl. dazu nachstehend Rz. 193 ff.

²⁶ Vgl. dazu nachstehend Rz. 223 ff.

²⁷ Vgl. dazu nachstehend Rz. 286 ff.

²⁸ Vgl. dazu nachstehend Rz. 306 ff.

²⁹ Vgl. zu diesen Staatsverträgen nachstehend FN 250.

Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter im Niederlassungsverfahren nach Art. 166 Abs. 2 IPRG sowie jene ausländischer Nachlassverwalter (vgl. Art. 175 IPRG) nicht behandelt.

2. Teil: Grundlagen

I. Ausländischer Insolvenzverwalter

Der Begriff des ausländischen Insolvenzverwalters³⁰ resp. der ausländischen Insolvenzverwaltung³¹ im Sinne des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts wird von der Funktion der Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht (vgl. Art. 240 SchKG) präjudiziert.³² Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich «um diejenige Instanz, welche das Vermögen des [ausländischen] Konkursiten [d.h. des Gemeinschuldners] verwaltet, verwertet und verteilt»³³, «wobei sich die Ausgestaltung im Einzelfall nach dem Recht des [ausländischen] Konkursstaates»³⁴, d.h. nach der *lex fori concursus* richtet. Ausländische Insolvenzverwalter sind somit jene Personen oder Institutionen, die nach der *lex fori concursus* für die Anhebung, Leitung und Durchführung des (Haupt-)Insolvenzverfahrens zuständig sind.³⁵ 12

Nachfolgend wird von diesem engen Begriffsverständnis ausgegangen, das ausschliesslich ausländische Konkursverwalter, jedoch nicht ausländische Verwalter eines Sanierungsverfahrens umfasst.³⁶ 13

³⁰ Dem schweizerischen Gesetzes- und Verordnungsrecht war bis vor kurzem der Begriff der Insolvenz nahezu unbekannt. Mittlerweile enthalten unter anderem das OR (vgl. Art. 333b), das BankG (vgl. z.B. elfter und zwölfter Abschnitt), das VAG (vgl. z.B. Art. 1 Abs. 2 sowie Art. 54d), die BIV-FINMA (vgl. z.B. Art. 7 sowie Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3) und die KVV (vgl. Art. 22 Abs. 3 lit. b) den Insolvenz begriff (z.B. «*Insolvenz*», «*Insolvenzgefahr*», «*Insolvenzverfahren*», «*Insolvenzort*», «*Insolvenzmassnahme*», «*Insolvenzmasse*», «*Insolvenzzrisiken*», «*Insolvenzfonds*»). Hingegen ist der Terminus «Insolvenz» weder im SchKG noch im IPRG zu finden.

³¹ Art. 166 Abs. 1 IPRG spricht von der «ausländischen Konkursverwaltung».

³² BGE 137 III 631, 633; BGer v. 09.03.2011, 6B_557/2010, Erw. 6.1.

³³ BGE 137 III 631, 633; BGer v. 09.03.2011, 6B_557/2010, Erw. 6.1. Vgl. auch BGE 135 III 666, 668.

³⁴ BGE 137 III 631, 633; BGer v. 09.03.2011, 6B_557/2010, Erw. 6.1.

³⁵ BGE 137 III 631, 633 f.; BGE 135 I 63, 66; BGer v. 09.03.2011, 6B_557/2010, Erw. 6.1.

³⁶ In Anlehnung an SPÜHLER, Anerkennung, S. 83, wird im Folgenden angesichts der zahlreichen möglichen Ausgestaltungen von *ausländischen* Gesamtvollstreckungsverfahren grundsätzlich nicht von *Konkursverwalter*, *Konkursverwaltung* resp. *Konkursver-*

- 14 Das im Insolvenzeröffnungsstaat geltende Recht legt fest, welche Stellung dem Insolvenzverwalter im betreffenden Insolvenzverfahren zukommt.³⁷ Nach der *lex fori concursus* bestimmen sich unter anderem auch das Verhältnis des Insolvenzverwalters zur Insolvenzmasse und zum Gemeinschuldner sowie die rechtlichen, d.h. materiellen und prozessualen Befugnisse des Insolvenzverwalters^{38, 39}. Eine solche Anknüpfung ist gerechtfertigt, da das Insolvenzverfahren die engste Verbindung zu jener Rechtsordnung hat, die im Staat der Insolvenzeröffnung gilt.⁴⁰
- 15 Zahlreiche nationale Insolvenzrechtsgesetze sehen mit der Insolvenzeröffnung auch den Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse des Gemeinschuldners über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen vor.⁴¹ Diese Befugnisse, einschliesslich der Prozessführungsbefugnis⁴², gehen nach dem Insolvenzrecht verschiedener Staaten dabei vom Gemeinschuldner auf den Insolvenzverwalter über.⁴³ Letzterer kann – aus der Sicht des schweizerischen Rechts – die Stellung eines Prozessstandschafters⁴⁴ einnehmen, sofern nach der *lex fori concursus*, trotz der Insolvenzeröffnung, die Inhaberschaft des streitigen Rechts beim Gemeinschuldner verbleibt. Zieht die Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens nach der *lex fori concursus* hingegen nicht diese Folge nach sich, kann auch – und dies ist wiederum von

fahren, sondern von *Insolvenzverwalter*, *Insolvenzverwaltung* sowie *Insolvenzverfahren* gesprochen (vgl. auch SPÜHLER, Vollstreckung, S. 155).

³⁷ Vgl. UNCITRAL Legislative Guide I and II, Rz. 83. Vgl. für den Anwendungsbereich der EuInsVO: Art. 7 Abs. 1 EuInsVO/Art. 4 Abs. 1 aEuInsVO.

³⁸ Vgl. für den Anwendungsbereich der EuInsVO: Art. 7 Abs. 1 sowie Abs. 2 lit. c EuInsVO/Art. 4 Abs. 1 sowie Abs. 2 lit. c aEuInsVO.

³⁹ Vgl. UNCITRAL Legislative Guide I and II, Rz. 83. Davon zu unterscheiden ist die Zuerkennung von Befugnissen an ausländische Insolvenzverwalter durch das Recht eines Staates ausserhalb des Insolvenzeröffnungsstaates, z.B. des Staates, in welchem die Anerkennung des ausländischen Insolvenzverfahrens bzw. -dekretes beantragt wird.

⁴⁰ Vgl. GOTTWALD, Grenzüberschreitende Insolvenzen, S. 31; HANISCH, Kollisionsrechtliche Grundsätze, S. 458.

⁴¹ Vgl. KRÖLL, Arbitration, S. 359; NADEAU-SÉGUIN, S. 81. Vgl. für das deutsche Recht: § 80 Abs. 1 InsO. Vgl. für das österreichische Recht: § 2 Abs. 2 IO (vgl. auch § 3 Abs. 1 IO). Vgl. für die Regelung im schweizerischen Recht: Art. 204 Abs. 1 SchKG (vgl. in diesem Zusammenhang auch nachstehend FN 45).

⁴² Vgl. zum Begriff der Prozessführungsbefugnis nachstehend Rz. 23 ff.

⁴³ Vgl. KRÖLL, Arbitration, S. 359; LAZIĆ, S. 345; NADEAU-SÉGUIN, S. 81. Vgl. für das deutsche Recht: § 80 Abs. 1 InsO. Vgl. für das österreichische Recht: DELLINGER/OBERHAMMER/KOLLER, Rz. 269.

⁴⁴ Vgl. zum Begriff der Prozessstandschaft nachstehend Rz. 28.

der Ausgestaltung des nationalen Insolvenzrechts abhängig – die Insolvenzmasse die Stellung einer Prozessstandschafterin des Gemeinschuldners einnehmen. Diesfalls hat der Insolvenzverwalter im Rahmen eines Gerichtsverfahrens keine selbständigen Rechte bezüglich der Insolvenzmasse. Er ist ausschliesslich Vertreter der Insolvenzmasse.⁴⁵ Ferner kann die Insolvenzmasse mit Insolvenzeröffnung Rechtsträgerin werden;⁴⁶ die Prozessführung durch die Insolvenzmasse erfolgt diesfalls aus eigenem Recht.⁴⁷

Zur rechtlichen Stellung eines Insolvenzverwalters in einem Insolvenzverfahren wurden verschiedene Theorien entwickelt, über die nach wie vor eine rege Auseinandersetzung in der Literatur herrscht⁴⁸. Zu berücksichtigen ist

⁴⁵ Vgl. für das schweizerische Recht: Art. 240 SchKG. In der Lehre besteht Uneinigkeit darüber, wem in Verfahren bezüglich der schweizerischen Konkursmasse Partei- resp. Prozessstandschafterstellung zukommt (vgl. dazu Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 66 N 10 m.w.H.). Nach der hier vertretenen Ansicht gestaltet sich die Rechtslage folgendermassen: Als Folge der Konkurseröffnung in der Schweiz gehen die «Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse [...] auf die Konkursmasse über, die sie durch die Konkursverwaltung ausübt» (BGer v. 04.06.2012, 5A_302/2012, Erw. 2.2.1; vgl. auch BGE 121 III 28, 30). Ebenso büsst der Gemeinschuldner mit Eröffnung des Konkursverfahrens die Prozessführungsbefugnis für Verfahren über das Konkursvermögen ein (BSK ZPO-GRABER, Art. 83 N 42; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 204 N 8 f.; Hunkeler-STÖCKLI/POSSA, Art. 204 N 10; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER, Art. 204 N 44). Die Prozessführungsbefugnis geht auf die Konkursmasse über, die sie durch die Konkursverwaltung bzw. das Konkursamt ausübt (vgl. BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83 N 36; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER, Art. 204 N 44; FRITZSCHE/WALDER, § 40 N 17. Im Ergebnis a.A.: Hunkeler-BÜRGI, Art. 240 N 7; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 240 N 5 f. sowie N 9 f.; BSK SchKG II-RUSSENBERGER, Art. 240 N 10 sowie N 12; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-SCHWANDER, Art. 83 N 42). Die Konkursmasse wird damit zur Prozessstandschafterin des Gemeinschuldners (vgl. BK ZPO I-GROSS/ZUBER, Art. 83 N 36. Im Ergebnis auch BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER, Art. 204 N 44). Der Konkursverwaltung kommt die Stellung als Vertreterin der Konkursmasse zu. Dies gilt auch für die Sekundärkonkursmasse nach Art. 166 ff. IPRG, die ebenfalls durch die Konkursverwaltung vertreten wird.

⁴⁶ Kindler/Nachmann-DUURSMA-KEPPLINGER, Österreich N 51.

⁴⁷ So nach der in Österreich vorherrschenden Organtheorie (vgl. dazu nachstehend Rz. 18).

⁴⁸ Auf diesen Theorienstreit, insbesondere die Einwände gegen die einzelnen Theorien soll hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. dazu z.B. eingehend Bartsch/Pollak/Buchegger-CHALUPSKY/DUURSMA-KEPPLINGER, § 81 N 1 ff.; Konecny/Schubert-HIERZENBERGER/RIEL, § 80 N 35 ff.; Kayser/Thole-KAYSER, § 80 N 11 ff.; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 20 ff.; THOLE, S. 321 ff., insbesondere mit Blick auf anfechtungsrechtliche Aspekte.

allerdings, dass dem Theorienstreit geringe praktische Bedeutung zugemessen wird.⁴⁹

- 17 Nach der in Deutschland vorherrschenden⁵⁰ *Amtstheorie* handelt der Insolvenzverwalter in eigenem Namen und aus eigenem Recht⁵¹, jedoch mit Wirkung für die Insolvenzmasse.⁵² Im Sinne dieser Theorie tritt ein Insolvenzverwalter in Prozessen für die Insolvenzmasse als Partei auf;⁵³ ihm steht die Prozessführungsbefugnis kraft gesetzlicher Prozessstandschaft zu.⁵⁴ Der Insolvenzverwalter ist «Partei kraft Amtes»⁵⁵, d.h. er vertritt weder den Gemeinschuldner noch die Gläubiger noch die Insolvenzmasse.⁵⁶ Die Insolvenzmasse hat nach dieser Theorie keine eigene Rechtspersönlichkeit.⁵⁷
- 18 Nach der *Organtheorie*, die herrschende Lehre in Österreich ist,⁵⁸ wird die Insolvenzmasse als juristische Person⁵⁹ oder als «Quasi-Rechtssubjekt»⁶⁰

⁴⁹ Vgl. Kayser/Thole-KAYSER, § 80 N 13; HambKomm-KULEISA, § 80 N 8. Vgl. dazu MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 24; Schmidt-STERNAL, § 80 N 20; Nerlich/Römermann-WITTKOWSKI/KRUTH, § 80 N 38; Gottwald-KLOPP/KLUTH/PECHARTSCHECK, § 22 N 20.

⁵⁰ Uhlenbruck/Hirte/Vallender-MOCK, § 80 N 58 m.H.a. die Rechtsprechung; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 27 m.H.a. die Rechtsprechung; Schmidt-STERNAL, § 80 N 18 m.H.a. die Rechtsprechung.

⁵¹ Bartsch/Pollak/Buchegger-CHALUPSKY/DUURSMA-KEPPLINGER, § 81 N 2; Konecny/Schubert-HIERZENBERGER/RIEL, § 80 N 36; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 27; Nerlich/Römermann-WITTKOWSKI/KRUTH, § 80 N 40; DELLINGER/OBERHAMMER/KOLLER, Rz. 96.

⁵² Kayser/Thole-KAYSER, § 80 N 14; HambKomm-KULEISA, § 80 N 7; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 27; Schmidt-STERNAL, § 80 N 19. Vgl. auch Gottwald-KLOPP/KLUTH/PECHARTSCHECK, § 22 N 20.

⁵³ Bartsch/Pollak/Buchegger-CHALUPSKY/DUURSMA-KEPPLINGER, § 81 N 2. Konecny/Schubert-HIERZENBERGER/RIEL, § 80 N 36; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 27; Nerlich/Römermann-WITTKOWSKI/KRUTH, § 80 N 40; DELLINGER/OBERHAMMER/KOLLER, Rz. 96.

⁵⁴ MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 27.

⁵⁵ HambKomm-KULEISA, § 80 N 7; Hess I-HESS, § 80 N 156; Uhlenbruck/Hirte/Vallender-MOCK, § 80 N 58; DELLINGER/OBERHAMMER/KOLLER, Rz. 96.

⁵⁶ Gottwald-KLOPP/KLUTH/PECHARTSCHECK, § 22 N 24.

⁵⁷ DELLINGER/OBERHAMMER/KOLLER, Rz. 96.

⁵⁸ Bartsch/Pollak/Buchegger-CHALUPSKY/DUURSMA-KEPPLINGER, § 81 N 17; Konecny/Schubert-HIERZENBERGER/RIEL, § 80 N 41; BUCHEGGER, S. 23 f. DELLINGER/OBERHAMMER/KOLLER, Rz. 96, weisen darauf hin, dass der Insolvenzverwalter auch in Österreich üblicherweise in eigenem Namen als klägerische oder beklagte Partei auftritt. Damit sei allerdings kein «ausdrückliches Bekenntnis» zur Amtstheorie verbunden.

begriffen, welcher entsprechend Rechts- und Parteifähigkeit zukommt⁶¹. Der Insolvenzverwalter ist (gerichtlich bestelltes) Organ der Insolvenzmasse⁶² in der Stellung eines (gesetzlichen) Vertreters.⁶³ In Verfahren ist die Insolvenzmasse (prozessführungsbefugte) Partei, die durch den Insolvenzverwalter vertreten wird.⁶⁴

Die *Vertretertheorie* basiert auf der Annahme, dass der Insolvenzverwalter als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners⁶⁵ für die Insolvenzmasse handelt.⁶⁶ In Zivilprozessen ist dabei der Gemeinschuldner (prozessführungsbefugte) Partei, die durch den Insolvenzverwalter vertreten wird.⁶⁷

Daneben bestehen weitere Erklärungsansätze, wie die *neutrale Theorie*⁶⁸ oder die *modifizierte Organ- bzw. Vertretertheorie*⁶⁹.

⁵⁹ Konecny/Schubert-HIERZENBERGER/RIEL, § 80 N 41; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 29; DELLINGER/OBERHAMMER/KOLLER, Rz. 96.

⁶⁰ Kayser/Thole-KAYSER, § 80 N 15; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 29.

⁶¹ Bartsch/Pollak/Buchegger-CHALUPSKY/DUURSMA-KEPLINGER, § 81 N 17. Vgl. auch Schmidt-STERNAI, § 80 N 18.

⁶² Nerlich/Römermann-WITKOWSKI/KRUTH, § 80 N 39.

⁶³ Bartsch/Pollak/Buchegger-CHALUPSKY/DUURSMA-KEPLINGER, § 81 N 17. Vgl. auch Hess I-HESS, § 80 N 191; Kayser/Thole-KAYSER, § 80 N 15; HambKomm-KULEISA, § 80 N 6; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 29.

⁶⁴ Vgl. Konecny/Schubert-HIERZENBERGER/RIEL, § 80 N 41; Kayser/Thole-KAYSER, § 80 N 15.

⁶⁵ Anders als in Deutschland wird in Österreich im Rahmen der Vertretertheorie auch die Vertretung der Insolvenzmasse sowie die Vertretung der Gläubiger durch den Insolvenzverwalter thematisiert (vgl. dazu Bartsch/Pollak/Buchegger-CHALUPSKY/DUURSMA-KEPLINGER, § 81 N 7 ff. sowie N 16; Konecny/Schubert-HIERZENBERGER/RIEL, § 80 N 38 sowie N 40; DELLINGER/OBERHAMMER/KOLLER, Rz. 98 ff.).

⁶⁶ Konecny/Schubert-HIERZENBERGER/RIEL, § 80 N 39. Vgl. auch Kayser/Thole-KAYSER, § 80 N 16; HambKomm-KULEISA, § 80 N 5; Schmidt-STERNAI, § 80 N 18; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 28; Nerlich/Römermann-WITKOWSKI/KRUTH, § 80 N 39.

⁶⁷ Bartsch/Pollak/Buchegger-CHALUPSKY/DUURSMA-KEPLINGER, § 81 N 9; Konecny/Schubert-HIERZENBERGER/RIEL, § 80 N 39; Schmidt-STERNAI, § 80 N 18. Vgl. auch Kayser/Thole-KAYSER, § 80 N 16; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 28.

⁶⁸ Vgl. dazu Bartsch/Pollak/Buchegger-CHALUPSKY/DUURSMA-KEPLINGER, § 81 N 27; Hess I-HESS, § 80 N 193 f.; Konecny/Schubert-HIERZENBERGER/RIEL, § 80 N 42; Kayser/Thole-KAYSER, § 80 N 17; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 30.

⁶⁹ Hess I-HESS, § 80 N 195; Kayser/Thole-KAYSER, § 80 N 16; MünchKomm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 31; Schmidt-STERNAI, § 80 N 18.

- 21 Die Rechtsstellung eines Insolvenzverwalters im ausländischen Insolvenzverfahren, für das er eingesetzt wurde, ist insofern von beschränkter Bedeutung für das hier zu diskutierende Thema der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten, als nach schweizerischem Recht zu beurteilen ist, welche (prozessualen) Befugnisse einem ausländischen Insolvenzverwalter in der Schweiz zukommen.
- 22 Wohl als Folge der unterschiedlichen rechtlichen Verhältnisse zwischen Gemeinschuldner, Insolvenzverwalter und Insolvenzmasse in den jeweiligen nationalen (ausländischen) Insolvenzrechtsgesetzen ist der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 166 ff. IPRG keine strikte Trennung zwischen den Begriffen der ausländischen Insolvenzmasse und des ausländischen Insolvenzverwalters zu entnehmen (exemplarisch: «Ob allerdings eine ausländische Konkursmasse (bzw. deren Konkursverwalter) auf Vermögen in der Schweiz greifen kann, beurteilt sich nach Art. 166 ff. IPRG [...]»⁷⁰).⁷¹ Daher ist die Rechtsprechung zur Stellung und zu den Befugnissen der ausländischen Insolvenzmasse ebenfalls auf den ausländischen Insolvenzverwalter anwendbar. Dies gilt auch *vice versa*.⁷²

⁷⁰ BGE 137 III 570, 572. Vgl. auch BGE 139 III 236, 238.

⁷¹ Vgl. zur *ausländischen Insolvenzmasse*: BGE 138 III 628, 630 [Pra 102 (2013) Nr. 27, S. 206]; BGE 137 III 570, 572; BGE 135 III 40, 40; BGE 134 III 366, 378 [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 938]; BGE 129 III 683, 688; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1; BGer v. 17.08.2004, 7B.109/2004, Erw. 3.1 f. Vgl. zum *ausländischen Insolvenzverwalter*: BGE 139 III 236, 236 und 238 f.; BGE 137 III 631, 631 und 633 f.; BGE 137 III 570, 572; BGE 137 III 374, 376 f.; BGE 135 II 666, 666; BGE 135 III 40, 44; BGE 134 III 366, 377 [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 937]; BGE 130 III 620, 629; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1; JdT 1993 II 125, Erw. 2.b [SJ 1991 592, Erw. 2.b].

⁷² Nach OGer/ZH v. 19.03.2013, PS130044, Erw. 3.2.2. (darauf verwiesen in OGer/ZH v. 20.03.2015, LB150005, Erw. 3.2.2.), kommt der Parteibezeichnung in einem Prozess keine eigenständige Bedeutung zu, da die Insolvenzmasse und die Insolvenzverwaltung «ein rechtlich voneinander abhängiges, austauschbares Konstrukt bilden». Es sei daher nicht entscheidend, «ob im Prozess die [ausländische] Konkursmasse als Partei im Rubrum erfasst oder die Verwaltung *im eigenen Namen* und damit als Partei aufgeführt werde «oder ob sie *handelnd für* die Konkursmasse oder als *Vertreterin* der Konkursmasse bezeichnet» werde.

II. Prozessführungsbefugnis

1. Begriff

Die Prozessführungsbefugnis⁷³ ist das Recht, als Partei in eigenem Namen über einen eigenen oder über einen fremden Anspruch ein Verfahren zu führen.⁷⁴ In der Literatur wird die Prozessführungsbefugnis auch als prozessrechtliches Analogon zur materiell-rechtlichen Verfügungsbefugnis qualifiziert.⁷⁵ Im Übrigen gilt sie als (ungeschriebene) Prozessvoraussetzung im Sinn von Art. 59 Abs. 2 ZPO, d.h. falls einer Partei die Prozessführungsbefugnis fehlt, muss ein Prozessentscheid ergehen, mit dem auf die Sache nicht eingetreten wird (sog. Nichteintretensentscheid; vgl. Art. 236 Abs. 1 ZPO).⁷⁶ In einem extensiven Begriffsverständnis muss die Prozessführungsbefugnis nicht nur die Prozessführung vor Gerichten, sondern auch jene vor anderen staatlichen Behörden und Organen, die mit hoheitlichen (Entscheid-)Befugnissen versehen sind, umfassen.

⁷³ Für die Prozessführungsbefugnis werden gelegentlich auch die Begriffe «Prozessführungsberechtigung» (z.B. BERTI, Einführung, Rz. 339), «Prozessführungsrecht» (z.B. Botschaft ZPO, S. 7286; Stein/Jonas ZPO-JACOBY, Vor § 50 N 27; GRAF, Rechtsnatur, S. 382), «Prozesslegitimation» (Stein/Jonas ZPO-JACOBY, Vor § 50 N 27) oder – im Zusammenhang mit Schiedsverfahren – «Verfahrensführungsbefugnis» (FLÖTHER, Auswirkungen, S. 26 f., FLÖTHER, Schiedsverfahren, S. 91) verwendet.

⁷⁴ Vgl. zum Begriff der Prozessführungsbefugnis: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy-BOHNET, Art. 59 N 95 ff.; Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 67 N 20; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67 N 20; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER, Art. 204 N 44; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59 N 60; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 59 N 67; BERTI, Einführung, Rz. 339; MEIER, ZPR, S. 159; HABSCHEID, Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Rz. 276 f.; LÖTSCHER, Rz. 46; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 24; STAEHELIN/SUTTER, § 9 N 21; WILLISEGGER, S. 66. Vgl. für das deutsche Recht: Stein/Jonas ZPO-JACOBY, Vor § 50 N 27; Thomas/Putzo-HÜSSTEGE, § 51 N 20 ff.; MünchKomm ZPO-LINDACHER, Vorbemerkung zu § 50 N 41; Musielak/Voit-WETH, § 51 N 14 ff.; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, Grdz § 50 N 22. Vgl. für das österreichische Recht: KODEK/MAYR, Rz. 296; RECHBERGER/SIMOTTA, Rz. 304.

⁷⁵ MEIER, ZPR, S. 159; PICHLER, S. 35 f. Im Ergebnis auch BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER, Art. 204 N 44; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 25; STAEHELIN/SUTTER, § 9 N 21; WILLISEGGER, S. 67.

⁷⁶ Vgl. Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 67 N 20; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 59 N 69; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 27.

- 24 Die Prozessführungsbefugnis umfasst zusätzlich zur *gerichtlichen Geltendmachung von materiell-rechtlichen Ansprüchen* und der *Abwehr von behaupteten materiell-rechtlichen Ansprüchen* (d.h. Verfahren als klägerische oder beklagte Partei sowie entsprechende Rechtsmittelverfahren) auch die *gerichtliche Geltendmachung von prozessualen Rechten* sowie die *Abwehr von behaupteten prozessualen Rechten* (samt diesbezüglicher Rechtsmittelverfahren)⁷⁷. Letzteres wird in der Literatur – soweit ersichtlich – nicht ausdrücklich thematisiert.⁷⁸ Die vorwiegend in der Doktrin für die Prozessführungsbefugnis vorgebrachten Beispiele⁷⁹ umfassen lediglich eine Prozessführung um materielle und nicht um prozessuale Rechte. Dass die Prozessführungsbefugnis auch die gerichtliche Geltendmachung und Abwehr von prozessualen Rechten umfasst, ist jedoch eine logische Konsequenz. Steht einer Partei die Befugnis zu, über ein (eigenes oder fremdes) behauptetes materielles Recht in eigenem Namen einen Prozess zu führen oder einen behaupteten Anspruch im Prozess abzuwehren, muss dieser Partei auch die Befugnis

⁷⁷ Dies ist z.B. die Prozessführungsbefugnis des ausländischen Insolvenzverwalters, die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes nach Art. 166 Abs. 1 IPRG (vgl. dazu nachstehend Rz. 91) resp. den Erlass sichernder Massnahmen nach Art. 168 IPRG (vgl. dazu nachstehend Rz. 92) zu beantragen. Erfasst ist jedoch auch die Befugnis einer Partei, den Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 261 ZPO zu beantragen resp. die von einer Gegenpartei beantragten vorsorglichen Massnahmen abzuwehren.

⁷⁸ Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 67 N 20, spricht generell von der «Befugnis, über das streitige Recht im eigenen Namen zu prozessieren» (im Ergebnis auch Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 59 N 67; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 24). WILLISEGGER, S. 66, versteht unter Prozessführungsbefugnis die Verleihung des Rechts «über eine Klage (oder *ein anderes Rechtsschutzgesuch*) zu prozessieren» [Kursivdruck hinzugefügt]. Der genannte Autor fügt seinem Begriffsverständnis jedoch einschränkend hinzu: «Regelmässig wird mit der Klage ein privatrechtlicher Anspruch geltend gemacht. Daher lässt sich sagen, die Prozessführungsbefugnis berechtigt, einen Prozess über den streitigen Sachanspruch zu führen.»

⁷⁹ Dies ist z.B. die Prozessführungsbefugnis der Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG für an diese abgetretene Ansprüche. Bei den nach Art. 260 SchKG abtretbaren Ansprüchen handelt es sich ausschliesslich um materiell-rechtliche Ansprüche, die auf die Erweiterung bzw. Bewahrung des Konkursvermögens gerichtet sind (vgl. Hunkeler-BÜRGI, Art. 260 N 3; BSK-SchKG II-BERTI, Art. 260 N 10). Des Weiteren wird die Prozessführungsbefugnis des Willensvollstreckers (Art. 518 ZGB), des amtlichen Erbschaftsverwalters (Art. 554 ZGB) sowie des amtlichen Erbenvertreters (Art. 602 Abs. 3 ZGB) über Nachlassaktiven und -passiven genannt (vgl. zum Vorstehenden und unter anderem für weitere Beispiele: Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 67 N 22 ff.; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67 N 21 sowie N 23 ff.; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 59 N 67; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.84; MEIER, ZPR, S. 159 f.).

zuerkannt werden, allfällige prozessuale Rechte gerichtlich geltend zu machen. Zudem ist kein Grund ersichtlich, den Begriff der Prozessführungsbefugnis auf die gerichtliche Geltendmachung von materiell-rechtlichen Ansprüchen sowie die Abwehr von solchen behaupteten Ansprüchen zu beschränken und die gerichtliche Geltendmachung von prozessualen Rechten sowie die Abwehr von behaupteten prozessualen Rechten vom Begriff auszunehmen. Der Begriff der Prozessführungsbefugnis erfasst somit z.B. auch (prozessuale) Antragsbefugnisse. Legt man dieses erweiterte Verständnis zugrunde, dann wirkt sich dies insofern aus, als eine Einschränkung oder gar Verweigerung der Prozessführungsbefugnis (z.B. ausländischer Insolvenzverwalter) nicht nur die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung und Abwehr (behaupteter) materiell-rechtlicher Ansprüche, sondern auch die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung und Abwehr (behaupteter) prozessualer Rechte erfassen kann.

Auch die *Befugnis zur Intervention*, sei es Haupt- (Art. 73 ZPO) oder Nebenintervention (Art. 74 ff. ZPO), muss als Teil der Prozessführungsbefugnis betrachtet werden.⁸⁰ Diesbezüglich sind für die *Nebenintervention* zwei unterschiedliche Ebenen der Prozessführungsbefugnis zu unterscheiden. Zum einen besteht die Prozessführungsbefugnis zur Nebenintervention. Zum anderen gibt es die durch eine erfolgreiche Nebenintervention im rechtshängigen Verfahren bestehende Prozessführungsbefugnis (vgl. Art. 76 ZPO). Die Nebenintervention führt allerdings – im Gegensatz zur Hauptintervention – nicht zur Parteistellung des Nebenintervenienten, sondern die nebenintervenierende Person ist lediglich «Streithelferin»⁸¹ der unterstützten Partei. Daher ist von einer unechten Prozessführungsbefugnis des Nebenintervenienten auszugehen. Diesem stehen die nach Art. 76 ZPO eingeräumten prozessualen Rechte zu. Die *Hauptintervention* zeichnet sich durch die direkte Klagebefugnis des Hauptintervenienten aus (vgl. Art. 73 Abs. 1 ZPO).

Nach ZINGG⁸² ist die beklagte Partei *immer* prozessführungsbefugt (sog. *passive* Prozessführungsbefugnis), da sie sich in einem Prozess verteidigen können muss. Diese Ansicht ist dahingehend zu präzisieren, dass auch hinsichtlich einer (gesuchs-)beklagten Partei die Prozessführungsbefugnis geprüft werden muss. Eine (gesuchs-)beklagte Partei muss daher so lange pro-

⁸⁰ Vgl. zur Interventionsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach Art. 24 UNCITRAL-Modellgesetz nachstehend Rz. 303.

⁸¹ So Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 74 N 1.

⁸² BK ZPO I-ZINGG, Art. 59 N 60.

prozessführungsbefugt sein, als in einem Prozess die Frage behandelt wird, ob die Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO erfüllt sind.⁸³ Das heisst, (auch) im Streit um das Vorliegen der Prozessführungsbefugnis einer Partei muss dieser Partei die Prozessführungsbefugnis zuerkannt werden.⁸⁴ Wird die passive Prozessführungsbefugnis einer Partei verneint, hat ein Nichteintretensentscheid zu ergehen⁸⁵.

- 27 Schliesslich muss die Prozessführungsbefugnis einer Partei grundsätzlich auch bei Erhebung eines Rechtsmittels vorliegen. Bei fehlender Prozessführungsbefugnis ist – besondere Konstellationen im Rechtsmittelverfahren vorbehalten – auf ein Rechtsmittel nicht einzutreten.⁸⁶
- 28 Die Prozessführungsbefugnis ist von der *Sachlegitimation*⁸⁷ zu unterscheiden,⁸⁸ auch wenn die Prozessführungsbefugnis einer Partei gewöhnlich mit

⁸³ Eine solche Konstellation lag BGE 139 III 236 zugrunde. In diesem Entscheid ging es um die Frage der passiven Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters hinsichtlich einer gegen ihn erhobenen Widerklage.

⁸⁴ Vgl. zur gleichen Frage bei einem Prozess über das Vorliegen der Prozessfähigkeit einer Partei: Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 67 N 17; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.5.

⁸⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 23.

⁸⁶ Vgl. SEILER, Berufung, Rz. 145.

⁸⁷ Die Sachlegitimation ergibt sich aus dem materiellen Recht und umschreibt die Berechtigung (Aktivlegitimation) bzw. Verpflichtung (Passivlegitimation) hinsichtlich eines streitigen Anspruches (vgl. zum Begriff der Sachlegitimation: BGE 128 III 50, 55 [Pra 91 [2002] Nr. 90, S. 517]; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy-BOHNET, Art. 59 N 94; Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 59 N 22; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59 N 171; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 59 N 67; KUMMER, S. 66; MEIER, ZPR, S. 162; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 20; SUTTER-SOMM, Rz. 191). Sie ist keine Prozessvoraussetzung, von der die Zulässigkeit der Klage abhängen würde (BGE 106 Ib 357, 364; BGer v. 03.07.2003, 2C.4/2000, Erw. 2.1. Vgl. auch Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 59 N 22; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59 N 171). Sie gehört vielmehr zur materiellen Begründetheit des eingeklagten Anspruches, weshalb ihr Fehlen zur Abweisung der Klage und nicht zu einem Nichteintreten auf die Klage führt (BGE 128 III 50, 55 [Pra 91 [2002] Nr. 90, S. 517]; BGer v. 03.07.2003, 2C.4/2000, Erw. 2.1; BK ZPO I-ZINGG, Art. 59 N 171).

⁸⁸ Die ältere Literatur scheint oft keine strikte Differenzierung zwischen Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis vorgenommen zu haben, sondern qualifizierte beide Institute als Voraussetzungen der Begründetheit eines Anspruches (vgl. dazu Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 67 N 20 m.V.a. FRANK/STRÄULI/MESSMER, §§ 27/28 N 65 ff.; GULDENER, ZPR, S. 139. Vgl. auch die diesbezügliche Kritik von HABSCHEID, Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Rz. 277). Teils wird noch immer nicht eindeutig zwischen der Prozessführungsbefugnis und der Sachlegitimation unterschieden.

der von dieser behaupteten Sachlegitimation übereinstimmt. So ist in der Regel jemand über einen streitigen (materiellen) Anspruch prozessführungsbefugt, der auch aktiv- oder passivlegitimiert sein soll.⁸⁹ In diesem Sinne ist grundsätzlich der Kläger prozessführungsbefugt, der ein behauptetes eigenes materielles Recht prozessual geltend macht; aktivlegitimiert ist er, wenn sich herausstellt, dass ihm dieses materielle Recht tatsächlich zusteht. Es bestehen jedoch Ausnahmen, bei denen aus Gründen des materiellen Rechts dem Träger des streitigen Rechts die Prozessführungsbefugnis von Gesetzes wegen entzogen ist und ausnahmsweise einem Dritten zusteht.⁹⁰ Dieser (prozessführungsbefugte) Dritte ist dann *Prozessstandschafter*⁹¹ und führt den Prozess in eigenem Namen als Partei anstelle des (behaupteten) materiell Berechtigten oder Verpflichteten.⁹² Formelle Parteistellung und Sachlegitimation fallen daher bei der Prozessstandschaft notwendigerweise auseinander.⁹³ Der prozessführungsbefugte Prozessstandschafter hat stets Parteistellung (und ist nicht Vertreter der nicht prozessführungsbefugten Partei)⁹⁴, da eine Geltendmachung des fremden materiellen Rechts in eigenem Namen erfolgt.⁹⁵

Das schweizerische Recht kennt keine auf die Prozessführungsbefugnis oder ein Klagerecht beschränkte Abtretung, sondern lediglich die Abtretung des

den (vgl. in diesem Zusammenhang zur inkonsistenten Begriffsverwendung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes bezüglich der Prozessführungsbefugnis des ausländischen Insolvenzverwalters nachstehend Rz. 74 f.).

⁸⁹ PICHLER, S. 36; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 24. Vgl. auch BEINERT, S. 24.

⁹⁰ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 59 N 67; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 24. Vgl. auch BEINERT, S. 15 f.

⁹¹ Vgl. unter anderem für Beispiele von Prozessstandschaft im schweizerischen Recht: Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 67 N 22 ff.; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-SCHWANDER, Art. 83 N 15; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67 N 23a ff.; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 59 N 68; MEIER, ZPR, S. 159 f.; SELLER, Berufung, Rz. 111; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 26.

⁹² BK ZPO I-STERCHI, Art. 67 N 22; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 59 N 67; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 25. BERTI, Einfluss, Rz. 163 ff., hat früh den Begriff der Prozessstandschaft kritisiert und dafür plädiert, die Berechtigung zur Prozessführung in fremder Sache als «Prozessführungsbefugnis im Sinne einer materiellen Ermächtigung, ein fremdes Recht gerichtlich geltend zu machen» zu erfassen.

⁹³ Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-SCHWANDER, Art. 83 N 15.

⁹⁴ A.A. KUMMER, S. 64.

⁹⁵ WILLISEGGER, S. 66.

materiell-rechtlichen Anspruches (Art. 164 ff. OR), mittels derer die Berechtigung übergeht, den zedierten Anspruch auf dem Prozessweg in eigenem Namen geltend zu machen.⁹⁶ Die *gewillkürte Prozessstandschaft*, d.h. die rechtsgeschäftliche Übertragung der Befugnis, einen Prozess in eigenem Namen als Partei anstelle des materiell Berechtigten zu führen, ist daher nach h.M. im schweizerischen Recht nicht zulässig.⁹⁷ Entsprechend ist die Prozessstandschaft (grundsätzlich) nur in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen möglich.⁹⁸

2. Prozessführungsbefugnis im internationalen Verhältnis

- 30 Für die Anknüpfung einer Frage im internationalen Verhältnis ist deren Qualifikation als materiell- oder formell-rechtlich massgebend. Dabei erfolgt die Anknüpfung im Bereich des materiellen Rechts an die *lex causae*, d.h. das auf die Sache anwendbare Recht, während im Bereich des internationalen Verfahrensrechts nach herrschender, wenn auch nicht unumstrittener Ansicht grundsätzlich die *lex fori processus*, d.h. das Recht des Forumstaates zur Anwendung gelangt.⁹⁹ In der Lehre wird jedoch mitunter alternativ ein Kol-

⁹⁶ Vgl. BGE 137 III 293, 298; BGE 130 III 417, 427 [Pra 94 (2005) Nr. 30, S. 230].

⁹⁷ BK ZPO I-STERCHI, Art. 67 N 22; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 59 N 68; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.83; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 N 26; WILLISEGGER, S. 66. Vgl. BGE 137 III 293, 298; BGE 129 III 715, 720 f.; BGE 78 II 265, 274; BGer v. 12.10.2009, 5A_578/2009, Erw. 2.5; BGer v. 05.05.2009, 5A_91/2009, Erw. 3.4.4. A.A. BERGER/GÜNGERICH, S. 136 ff. Vgl. dazu auch LÖTSCHER, Rz. 607 ff. Im österreichischen Recht ist eine gewillkürte (aktive) Prozessstandschaft unzulässig (vgl. KODEK/MAYR, Rz. 299; RECHBERGER/SIMOTTA, Rz. 299). Das deutsche Recht lässt hingegen nach der h.L. und Rechtsprechung die gewillkürte Prozessstandschaft unter eingeschränkten Voraussetzungen zu (vgl. BGHZ 119, 237 [242] = NJW 1993, 918 [919]; BGHZ 96, 151 [152 f.] = NJW 1986, 850 [850 f.]; Stein/Jonas ZPO-JACOBY, Vor § 50 N 45 ff.; Thomas/Putzo-HÜSSTEGE, § 51 N 31 ff.; MünchKomm ZPO-LINDACHER, Vorbemerkung zu § 50 N 55 ff.; Musielak/Voit-WETH, § 51 N 25 ff.; HAAS, S. 537 ff.). Die Zulässigkeit der gewillkürten (passiven) Prozessstandschaft auf Beklagtenseite ist umstritten (bejahend: Stein/Jonas ZPO-JACOBY, Vor § 50 N 47; ablehnend: Vorwerk/Wolf-HÜBSCH, § 51 N 46).

⁹⁸ BK ZPO I-STERCHI, Art. 67 N 22; WILLISEGGER, S. 66.

⁹⁹ GULDENER, IZPR, S. 7 f.; MARKUS, IZPR, Rz. 45; NAGEL/GOTTWALD, § 1 N 42. Vgl. auch GEIMER, Rz. 319; JUNKER, § 24 Rz. 1; SCHACK, Rz. 45; SZÁSZY, S. 205. Vgl. im Detail zur Geltung des *lex fori*-Prinzips im internationalen Zivilverfahrensrecht: ARNOLD, S. 47 ff.

lisionsrecht des internationalen Verfahrensrechts anstelle des zuvor angesprochenen *lex fori*-Prinzips befürwortet.¹⁰⁰ Dabei soll eine Regelanknüpfung an die *lex fori processus* die Grundlage bilden, wobei für einzelne Fragen Sonderanknüpfungen notwendig sind,¹⁰¹ wenn die betreffende Frage mit einem anderen Recht als der *lex fori processus* eine so enge Verbindung aufweist, dass eine Sonderanknüpfung gerechtfertigt ist.¹⁰² Für die Anknüpfung der Prozessführungsbefugnis ist dieser Lehrstreit im Ergebnis aber (wohl) von geringer resp. keiner Bedeutung. So ist in Bezug auf die Prozessführungsbefugnis, wie nachfolgend zu zeigen sein wird¹⁰³, eine differenzierte Anknüpfung erforderlich, abhängig davon, ob diese ihre Grundlage im materiellen oder formellen Recht hat. Die Frage nach einer Sonderanknüpfung könnte sich daher in Bezug auf die Prozessführungsbefugnis kraft materiellen Rechts, wenn überhaupt, ausschliesslich für die Wirkungen einer solchen Prozessführungsbefugnis stellen, die nach der *lex fori processus* anzuknüpfen sind¹⁰⁴, sowie für die Prozessführungsbefugnis kraft formellen Rechts für deren Bestand und Wirkungen, die sich ebenfalls nach der *lex fori processus* richten.¹⁰⁵ Hinsichtlich dieser Fragen rechtfertigt sich jedoch keine Sonderanknüpfung.¹⁰⁶

A. Lehre

In der Lehre finden sich kontroverse Standpunkte, wie die Prozessführungsbefugnis nach schweizerischem Recht in internationalen Sachverhalten anzuknüpfen sei:³¹

Nach STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND¹⁰⁷ hat die Prozessführungsbefugnis – wie die Sachlegitimation – ihren Ursprung im materiellen Recht. Aus diesem Grund sei in internationalen Sachverhalten nicht auf die *lex fori processus* abzustellen, sondern die tatsächliche Berechtigung zur gerichtlichen³²

¹⁰⁰ Dazu eingehend BRINKMANN, S. 461 ff. Vgl. auch GEIMER, Rz. 331 ff.; SZÁSZY, S. 225.

¹⁰¹ BRINKMANN, S. 497 ff.

¹⁰² BRINKMANN, S. 470 f. sowie Rz. 473. Vgl. auch GEIMER, Rz. 331; SCHACK, Rz. 49; SZÁSZY, S. 225.

¹⁰³ Vgl. dazu nachstehend Rz. 35 ff.

¹⁰⁴ Vgl. dazu nachstehend Rz. 36.

¹⁰⁵ Vgl. dazu nachstehend Rz. 37.

¹⁰⁶ Vgl. diesbezüglich die Argumente von BRINKMANN, S. 477 f., der jedoch die Prozessführungsbefugnis gesamthaft der *lex fori processus* unterstellt.

¹⁰⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 28. Vgl. auch ZK IPRG-VISCHER, Art. 35 N 1; MEIER, IZPR, S. 61; WALDER, Einführung, § 6 N 7.

Geltendmachung des jeweiligen Anspruches sei dem in der Sache anwendbaren Recht, d.h. der *lex causae* zu entnehmen. Das in der Sache anwendbare Recht sei nach den Regeln des IPRG zu bestimmen. Diesem sei in der Folge zu entnehmen, ob eine Partei prozessführungsbefugt sei oder nicht.

- 33 Die Lehrmeinung von WALTER/DOMEJ¹⁰⁸ unterscheidet hingegen bezüglich der Frage, nach welchem Recht sich die Prozessführungsbefugnis beurteilt, zwischen der Prozessstandschaft kraft materiellen Rechts und der Prozessstandschaft kraft Prozessrechts¹⁰⁹. Die *Zulässigkeit* und die *Voraussetzungen* der *Prozessstandschaft kraft materiellen Rechts* seien nach der *lex causae* zu beurteilen, die *Wirkungen* hingegen nach der *lex fori processus*, während sich die *Zulässigkeit* und die *Wirkungen* der *Prozessstandschaft kraft Prozessrechts* nur nach der *lex fori processus* richteten. MARKUS¹¹⁰ schliesst sich dieser Ansicht im Grundsatz an und differenziert hinsichtlich der Prozessstandschaft und der Prozessführungsbefugnis danach, ob diese auf formellem oder materiellem Recht beruhen. Grundsätzlich sei jedoch davon auszugehen, dass sich die Prozessführungsbefugnis meist nach der *lex fori processus* bestimme.
- 34 SPÜHLER/RODRIGUEZ¹¹¹ gehen generell davon aus, dass sich die Prozessstandschaft hinsichtlich der «Zuständigkeit [sic!]¹¹² und [der] Wirkungen» nach der *lex fori processus* richte. Die Prozessführungsbefugnis bestimme sich hingegen nach der *lex causae*. Im Gegensatz dazu ist SCHWANDER¹¹³ der Ansicht, dass sich die Prozessführungsbefugnis und die Prozessstandschaft aus derjenigen Rechtsordnung ergeben, welche über die Prozessfähigkeit der in Frage stehenden Person entscheide.

B. Würdigung

- 35 Die Prozessführungsbefugnis in ihrer Funktion als Prozessvoraussetzung kann nicht abstrakt als prozess- oder materiell-rechtlich qualifiziert werden; sie ist in gewisser Weise bipolarer Natur, indem sie ihre Grundlage im mate-

¹⁰⁸ WALTER/DOMEJ, S. 324 ff.

¹⁰⁹ Als Beispiel für die Prozessstandschaft kraft Prozessrechts wird die Prozessführungsbefugnis des Veräusserers des Streitobjekts (vgl. Art. 83 Abs. 1 ZPO) angeführt (WALTER/DOMEJ, S. 325).

¹¹⁰ MARKUS, IZPR, Rz. 54.

¹¹¹ SPÜHLER/RODRIGUEZ, Rz. 84.

¹¹² Hier ist wohl die *Zulässigkeit* anstelle der *Zuständigkeit* gemeint.

¹¹³ SCHWANDER, Einführung I, Rz. 667.

riellen oder formellen Recht haben kann.¹¹⁴ In Anlehnung an WALTER/DOMEJ¹¹⁵ ist daher zwischen der *Prozessführungsbefugnis kraft materiellen Rechts* und der *Prozessführungsbefugnis kraft formellen Rechts*¹¹⁶ zu unterscheiden.¹¹⁷

Die *Prozessführungsbefugnis kraft materiellen Rechts* hat ihre Grundlage im Sachrecht. Der *Bestand* und die *Voraussetzungen* beurteilen sich in solchen Konstellationen nach der *lex causae*. Denn bei der materiell-rechtlichen Prozessführungsbefugnis kann nur das in der Sache anwendbare Recht dafür massgebend sein, ob und unter welchen Voraussetzungen die Prozessführungsbefugnis einer Partei bestehen kann. Es wäre sinnwidrig, die *lex fori processus* des Zweitstaates vor dessen Gerichten ein Verfahren hängig ist, über den Bestand und die Voraussetzungen einer Prozessführungsbefugnis des materiellen Rechts entscheiden zu lassen. Unumgänglich ist jedoch, dass die *lex fori processus* die *Wirkungen* der Prozessführungsbefugnis kraft materiellen Rechts bestimmt, denn die Wirkungen der Prozessführungsbefugnis sind als klar prozessrechtlich zu qualifizieren. Etwaige prozessuale Rechte, die als Wirkung der Prozessführungsbefugnis kraft materiellem Recht zu qualifizieren sind, sind daher zwingend nach der *lex fori processus* zu bestimmen. Denn grundsätzlich kann nur das im Forumstaat geltende Verfahrensrecht die prozessualen Rechte einer prozessführungsbefugten Partei festlegen. Dafür spricht auch das (vorliegend vertretene) international-zivilverfahrensrechtliche Prinzip, dass Gerichte die nationalen Prozessvorschriften des Forumstaates anzuwenden haben.¹¹⁸ So wäre es bei internationalen Sachverhalten denn auch nicht vertretbar, wenn die *lex causae* auch die Wirkungen der Prozessführungsbefugnis kraft materiellen Rechts bestimmen würde, da in diesem Fall die Gerichte des Forumstaates ein aus ihrer Perspektive ausländisches Prozessrecht anwenden müssten.

¹¹⁴ Vgl. dazu nachstehend Rz. 36 f.

¹¹⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 33.

¹¹⁶ WALTER/DOMEJ, S. 324 ff., verwenden diesbezüglich den Begriff der «Prozessführungsbefugnis kraft Prozessrechts» (vgl. dazu vorstehend Rz. 33).

¹¹⁷ Vgl. auch GEIMER, Rz. 2235 ff. sowie Rz. 2241 und NAGEL/GOTTWALD, § 5 Rz. 62 ff., die ebenfalls zwischen der Prozessführungsbefugnis kraft materiellen Rechts und jener kraft Prozessrechts unterscheiden. A.A. TRUNK, Internationales Insolvenzrecht, S. 120, demzufolge die Prozessführungsbefugnis als Institut des Verfahrensrechts grundsätzlich der *lex fori processus* unterliegt. Ebenso BRINKMANN, S. 477 f.

¹¹⁸ Vgl. WALTER/DOMEJ, S. 103.

- ³⁷ Die *Prozessführungsbefugnis kraft formellen Rechts* hat demgegenüber ihre Grundlage im Verfahrens- bzw. Zwangsvollstreckungsrecht. Entsprechend dem vorstehend dargestellten Prinzip, dass Gerichte grundsätzlich die nationalen Prozessvorschriften des Forumstaates anzuwenden haben,¹¹⁹ sind konsequenterweise der Bestand und die Wirkungen dieser Art der Prozessführungsbefugnis ausschliesslich nach der *lex fori processus* zu beurteilen.¹²⁰

3. Prozessführungsbefugnis in internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz

- ³⁸ Wie ein staatliches Gericht hat auch ein Schiedsgericht zu prüfen, ob alle notwendigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, damit ein Urteil in der Sache ergehen kann.¹²¹ Die Prozessvoraussetzungen für Schiedsverfahren entsprechen zumeist jenen für Verfahren vor staatlichen Gerichten.¹²² Einzelne von ihnen hängen indessen unmittelbar mit der staatlichen Gerichtsbarkeit zusammen und können nicht auf Schiedsverfahren übertragen werden.¹²³ Dies gilt jedoch nicht für die Prozessführungsbefugnis.¹²⁴ Folglich muss auch im Rahmen eines Schiedsverfahrens vor einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz den am Verfahren beteiligten Parteien zwingend Prozessführungsbefugnis zukommen.¹²⁵ LUCZAK¹²⁶ führt diesbezüglich aus,

¹¹⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 36.

¹²⁰ Der Bestand und die Wirkungen der Prozessführungsbefugnis des Veräusserers eines Streitobjekts beurteilen sich nach der *lex fori processus*, vor einem schweizerischen Gericht mithin nach Art. 83 Abs. 1 ZPO (Bsp. in Anlehnung an MARKUS, IZPR, Rz. 55).

¹²¹ BSK IPRG-KARRER, Art. 187 N 34; BERGER/KELLERHALS, Rz. 1160; GÖKSU, Rz. 1528; RÜEDE/HADENFELDT, S. 228 f. sowie S. 331 f.; STACHER, Rz. 191.

¹²² BERGER/KELLERHALS, Rz. 1163. Vgl. auch STACHER, Rz. 191 ff.

¹²³ Vgl. BERGER/KELLERHALS, Rz. 1163.

¹²⁴ Vgl. FLÖTHER, Auswirkungen, S. 26 f., wonach der «Grundsatz, dass nur der aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen Prozessführungsbefugte richtige Partei des Verfahrens ist» auch auf Schiedsverfahren übertragen werden könne. Die Befugnis als Rechtsinhaber in eigenem Namen über einen eigenen Anspruch an einem Schiedsverfahren als Partei beteiligt zu sein, müsse auch in einem Schiedsverfahren der sachlegitimierten Partei zuerkannt werden. Sodann sei kein Grund ersichtlich, warum es einer Partei in einem Schiedsverfahren nicht zustehen solle – unter Erfüllung der diesbezüglichen Voraussetzungen – einen fremden Anspruch in eigenem Namen geltend zu machen.

¹²⁵ Vgl. Geiser/Münch/Uhlmann/Gelzer-LUCZAK, Rz. 6.54; LÖTSCHER, Rz. 500 m.w.H. Im Ergebnis: BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182 N 73; GÜNTHER, Rz. 433. Vgl. für das deutsche Recht: FLÖTHER, Auswirkungen, S. 26; implizit auch SCHWAB/WALTER, § 16 N 49.

dass es eine Frage des korrekten Verfahrens sei, als eingeklagte Partei (und m.E. konsequenterweise auch als klagende Partei) in einem Schiedsverfahren nur jene Person am Verfahren teilnehmen zu lassen, die zur Prozessführung befugt sei. Dies betreffe in erster Linie die Garantie eines fairen Verfahrens.

Wie bei staatlichen Verfahren¹²⁷ ist auch im Rahmen von Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz zwischen der Prozessführungsbefugnis kraft materiellen Rechts und der Prozessführungsbefugnis kraft formellen Rechts zu unterscheiden. Für die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Prozessführungsbefugnis in internationalen Schiedsverfahren gilt das für staatliche Verfahren Ausgeführte *mutatis mutandis*, unter Berücksichtigung der charakteristischen Eigenheiten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit:

Der *Bestand* und die *Voraussetzungen* der *Prozessführungsbefugnis kraft materiellen Rechts* sind nach jenem Recht zu bestimmen, das auf die Beurteilung der Streitsache anwendbar ist.¹²⁸ Dieses Recht ist von einem internationalen Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz grundsätzlich nach Art. 187 Abs. 1 IPRG zu ermitteln, d.h. die Bestimmung erfolgt nach dem von den Parteien gewählten Recht oder, bei Fehlen einer Rechtswahl, nach dem Recht, mit dem die Streitsache am engsten zusammenhängt; nach Art. 187 Abs. 2 IPRG können die Parteien das Schiedsgericht auch ermächtigen, nach Billigkeit zu entscheiden. In Bezug auf die *Wirkungen der Prozessführungsbefugnis* ist zu berücksichtigen, dass die lokalen zivilprozessualen Vorschriften des Sitzstaates des Schiedsgerichtes grundsätzlich, insbesondere falls nicht ausdrücklich vereinbart, auf internationale Schiedsverfahren nicht anwendbar sind¹²⁹. Stattdessen sind die Wirkungen nach dem gemäss Art. 182

¹²⁶ Geiser/Münch/Uhlmann/Gelzer-LUCZAK, Rz. 6.54.

¹²⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 35 ff.

¹²⁸ So auch BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182 N 73, die jedoch nicht zwischen der Prozessführungsbefugnis kraft materiellen Rechts und jener kraft Prozessrechts unterscheiden, sondern die Prozessführungsbefugnis generell nach den besonderen Anknüpfungsregeln von Art. 187 IPRG bestimmen.

¹²⁹ Vgl. Arroyo-KNOLL, Art. 182 N 2. Vgl. für internationale Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz: BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182 N 2; GIRSBERGER/VOSER, Rz. 194. Vgl. für nationale Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz: Botschaft ZPO, S. 7392; Oberhammer/Domej/Haas-DASSER, Vor Art. 353–399 N 21; Arroyo-HOFBAUER, History of Arbitration N 7; BK ZPO III-PFISTERER, Art. 353 N 5; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-COURVOISIER/WENGER, Vorbemerkungen zu Art. 353 N 21.

Abs. 1 und 2 IPRG auf das Schiedsverfahren anzuwendenden Verfahrensrecht zu beurteilen.

- 41 Der *Bestand* und die *Wirkungen* der *Prozessführungsbefugnis kraft formellen Rechts*, die ihre Grundlage vollständig im Verfahrens- bzw. Zwangsvollstreckungsrecht hat,¹³⁰ sind – gleich den Wirkungen der Prozessführungsbefugnis kraft materiellen Rechts – grundsätzlich nach dem in Anwendung von Art. 182 Abs. 1 und 2 IPRG auf das Schiedsverfahren anzuwendenden Verfahrensrecht zu bestimmen.¹³¹

4. Abgrenzungen

- 42 Die Prozessführungsbefugnis ist unter anderem von den folgenden Rechtsinstituten zu unterscheiden:

A. Parteifähigkeit

a) Begriff

- 43 Die Parteifähigkeit ist, wie die Prozessführungsbefugnis, eine Prozessvoraussetzung (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO) und wird definiert als die prozessuale Berechtigung, unter eigenem Namen als klagende oder als beklagte Partei an einem Prozess teilnehmen zu können.¹³² Nach Art. 66 ZPO ist einerseits parteifähig, wer rechtsfähig ist. Rechtsfähigkeit kommt insbesondere allen natürlichen (Art. 11 ZGB) und juristischen Personen (Art. 53 ZGB) zu. Andererseits ist parteifähig, wer von Bundesrechts wegen als Partei auftreten

¹³⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 37.

¹³¹ Vgl. zur Ausnahme der Anknüpfung der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters im Rahmen von Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz nachstehend Rz. 203 ff.

¹³² Vgl. zum Begriff der Parteifähigkeit: Botschaft ZPO, S. 7279; Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 66 N 1; Baker & McKenzie-FISCHER, Art. 66 N 1; Brunner/Gasser/Schwander I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 66 N 1 sowie N 4; Bohnet/Haldy/Jean-din/Schweizer/Tappy-JEANDIN, Art. 66 N 1 f.; Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach-MORE, Art. 66 N 1; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 66 N 1; BK ZPO I-STERCHI, Art. 66 N 1; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 66 N 1 f.; GULDENER, ZPR, S. 112 f.; HABSCHEID, Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Rz. 272; KUMMER, S. 62; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.1 f.; MEIER, ZPR, S. 151; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, § 19 N 1; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 3 Rz. 1; SUTTER-SOMM, Rz. 167.

kann (Art. 66 ZPO).¹³³ In diesem Sinne ist auch die (Sekundär-)Konkursmasse nach Art. 166 ff. IPRG parteifähig (vgl. Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 240 SchKG).¹³⁴

b) Parteifähigkeit in internationalen Verhältnissen

Im internationalen Verhältnis bestimmt sich die Parteifähigkeit nach dem gemäss IPRG auf die Rechtsfähigkeit anwendbaren materiellen Recht, d.h. für natürliche Personen nach Art. 34 Abs. 1 IPRG und für Gesellschaften nach Art. 154 sowie Art. 155 lit. c IPRG.¹³⁵ Die Rechtsfolgen bei fehlender Parteifähigkeit sind hingegen der *lex fori processus* zu entnehmen.¹³⁶

c) Parteifähigkeit in internationalen Schiedsverfahren

Auch im Rahmen eines internationalen Schiedsverfahrens mit Sitz in der Schweiz müssen die am Verfahren beteiligten Parteien parteifähig sein.¹³⁷ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hängt die Parteifähigkeit in Schiedsverfahren von der materiell-rechtlichen Vorfrage der Rechtsfähigkeit ab.¹³⁸ Die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Rechts- und damit Partei-

¹³³ Vgl. für Fälle, in denen das Bundesrecht bestimmten Gebilden Parteifähigkeit zuspricht: Botschaft ZPO, S. 7279; Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 66 N 3 ff.; Baker & McKenzie-FISCHER, Art. 67 N 5 ff.; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy-JEANDIN, Art. 66 N 7 ff.; Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach-MORE, Art. 66 N 6 ff.; BK ZPO I-STERCHI, Art. 66 N 4a ff.; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 66 N 19 ff.; Brunner/Gasser/Schwander I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 66 N 17; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 66 N 18 ff.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.4; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 3 ff.; SUTTER-SOMM, Rz. 171.

¹³⁴ Vgl. zur Parteifähigkeit der schweizerischen (Haupt-)Konkursmasse: Hunkeler-BÜRGLI, Art. 240 N 7; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 66 N 26; BK ZPO I-STERCHI, Art. 66 N 4e; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 66 N 23; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER, Art. 204 N 45; AMONN/WALTHER, § 8 N 3; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 8 Rz. 3 f. A.A. BGE 97 II 403, 409; GULDENER, ZPR, S. 126 f.

¹³⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 11. Vgl. auch MARKUS, IZPR, Rz. 50; MEIER, IZPR, S. 61; SPÜHLER/RODRIGUEZ, Rz. 76 f.; WALTER/DOMEJ, S. 320.

¹³⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 11.

¹³⁷ Vgl. BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182 N 73; BERGER/KELLERHALS, Rz. 344; STACHER, Rz. 258. Vgl. auch GÖKSU, Rz. 571; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Rz. 3.100.

¹³⁸ BGE 138 III 714, 320; BGer v. 31.03.2009, 4A_428/2008, Erw. 3.2.

fähigkeit erfolgt für natürliche Personen nach Art. 34 Abs. 1 IPRG und für Gesellschaften nach Art. 154 sowie Art. 155 lit. c IPRG.¹³⁹

d) Parteifähigkeit ausländischer Insolvenzverwalter

- ⁴⁶ Nach einem unpublizierten Entscheid des Bundesgerichtes richten sich die Rechtsfähigkeit¹⁴⁰ und damit auch die Parteifähigkeit einer ausländischen Insolvenzmasse (und konsequenterweise auch eines ausländischen Insolvenzverwalters) nach dem Recht des Staates, in dem das (ausländische) Insolvenzverfahren eröffnet worden ist (*lex fori concursus*). Im Sinne einer einheitlichen Anknüpfung wäre zu überlegen, ob sich diesbezüglich nicht eher eine Anknüpfung analog der Vorgehensweise bei der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter¹⁴¹ rechtfertigen würde.

B. Prozessfähigkeit

a) Begriff

- ⁴⁷ Die Prozessfähigkeit ist eine weitere Prozessvoraussetzung (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO) und bezeichnet die Fähigkeit einer Partei, in einem Prozess selbst oder durch einen selbst gewählten Vertreter rechtswirksam Handlungen vorzunehmen.¹⁴² Nach Art. 67 Abs. 1 ZPO ist prozessfähig, wer handlungsfähig (Art. 12 ZGB) ist. Fehlt einer Partei die Prozessfähigkeit, d.h. ist sie prozessunfähig, handelt sie grundsätzlich durch ihre gesetzliche Vertretung (Art. 67 Abs. 2 ZPO).¹⁴³ Natürliche Personen sind handlungsfähig, wenn sie volljährig und urteilsfähig sind (Art. 13 ZGB). Juristische Per-

¹³⁹ BGE 138 III 714, 320; BGer v. 31.03.2009, 4A_428/2008, Erw. 3.2.

¹⁴⁰ Vgl. BGer v. 17.08.2004, 7B.109/2004, Erw. 3.1. Vgl. für die Zeit vor Inkrafttreten des IPRG: BGE 109 III 112, 115 [Pra 73 (1984) Nr. 66, S. 159]; BGE 100 Ia 18, 21.

¹⁴¹ Vgl. dazu nachstehend Rz. 82 ff.

¹⁴² Vgl. zum Begriff der Prozessfähigkeit: Botschaft ZPO, S. 7279; Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 67 N 1; Baker & McKenzie-FISCHER, Art. 67 N 1; Brunner/Gasser/Schwander I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 67 N 5; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy-JEANDIN, Art. 67 N 1 f.; Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach-MORF, Art. 67 N 1; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 67 N 1; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67 N 1; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 67 N 1 f.; GULDENER, ZPR, S. 115; HABSCHEID, Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Rz. 273; KUMMER, S. 63; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Rz. 3.7; MEIER, ZPR, S. 152; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 7; SUTTER-SOMM, Rz. 177.

¹⁴³ Vgl. aber die Ausnahmeregelung in Art. 67 Abs. 3 ZPO.

sonen sind handlungsfähig, sobald die nach Gesetz und Statuten unentbehrlichen Organe bestellt sind (Art. 54 ZGB). Zudem kommt weiteren nach Bundesrecht «parteifähige[n] Gebilde[n]»¹⁴⁴, z.B. der (Sekundär-)Konkursmasse im Sinne von Art. 166 ff. IPRG,¹⁴⁵ durch die zur Vertretung nach aussen befugten Organe bzw. Personen Prozessfähigkeit zu.¹⁴⁶

b) Prozessfähigkeit in internationalen Verhältnissen

Im internationalen Verhältnis bestimmt sich die Prozessfähigkeit nach dem 48
gemäss IPRG auf die Handlungsfähigkeit anwendbaren materiellen Recht, d.h. für natürliche Personen nach Art. 35 IPRG und für Gesellschaften nach Art. 154 sowie Art. 155 lit. c IPRG.¹⁴⁷ Die Rechtsfolgen bei fehlender Prozessfähigkeit sind jedoch der *lex fori processus* zu entnehmen.¹⁴⁸

c) Prozessfähigkeit in internationalen Schiedsverfahren

Die an einem internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz betei- 49
ligten Parteien müssen auch prozessfähig sein.¹⁴⁹ Die Prozessfähigkeit bestimmt sich, wie in staatlichen Verfahren, nach der Handlungsfähigkeit einer Partei.¹⁵⁰ Die kollisionsrechtliche Anknüpfung erfolgt für natürliche Personen nach Art. 34 Abs. 1 IPRG und für Gesellschaften nach Art. 154 sowie Art. 155 lit. c IPRG.¹⁵¹

d) Prozessfähigkeit ausländischer Insolvenzverwalter

Auch hinsichtlich der Handlungsfähigkeit einer ausländischen Insolvenz- 50
masse (und konsequenterweise auch eines ausländischen Insolvenzverwal-

¹⁴⁴ So die Bezeichnung von Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 67 N 3.

¹⁴⁵ Vgl. zur Prozessfähigkeit der schweizerischen (Haupt-)Konkursmasse: BSK ZPO-TENCHIO, Art. 67 N 8; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67 N 4.

¹⁴⁶ Baker & McKenzie-FISCHER, Art. 67 N 4; Brunner/Gasser/Schwander I-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 67 N 15; BSK ZPO-TENCHIO, Art. 67 N 8. Vgl. auch Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 67 N 3; BK ZPO I-STERCHI, Art. 67 N 3 ff.

¹⁴⁷ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 11. Vgl. auch MARKUS, IZPR, Rz. 50; MEIER, ZPR, S. 61; SCHWANDER, Einführung I, Rz. 666; SPÜHLER/RODRIGUEZ, Rz. 78 sowie Rz. 80; WALTER/DOMEJ, S. 321.

¹⁴⁸ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 11.

¹⁴⁹ Vgl. BSK IPRG-SCHNEIDER/SCHERER, Art. 182 N 73; BERGER/KELLERHALS, Rz. 44; GÖKSU, Rz. 571; STACHER, Rz. 259.

¹⁵⁰ Vgl. BERGER/KELLERHALS, Rz. 362.

¹⁵¹ BGer v. 23.07.2014, 4A_118/2014, Erw. 3.1.

ters) hat das Bundesgericht entschieden, dass sich diese¹⁵² und entsprechend auch die Prozessfähigkeit einer ausländischen Insolvenzmasse resp. eines ausländischen Insolvenzverwalters nach der *lex fori concursus* bestimmen. In Betracht zu ziehen wäre hinsichtlich der Prozessfähigkeit, ob sich – wie in Bezug auf die Parteifähigkeit¹⁵³ – nicht eine Anknüpfung analog der Vorgehensweise bei der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter¹⁵⁴ anbieten würde.

C. Subjektive Schiedsfähigkeit

- 51 Die subjektive Schiedsfähigkeit ist die Fähigkeit einer Partei, eine Schiedsvereinbarung abzuschliessen und in einem Schiedsverfahren als Partei aufzutreten.¹⁵⁵ Voraussetzung für die subjektive Schiedsfähigkeit ist das Vorliegen von Partei- und Prozessfähigkeit der betreffenden Schiedspartei.¹⁵⁶ Da es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt, führt das Fehlen der subjektiven Schiedsfähigkeit zu einem Nichteintretensentscheid.¹⁵⁷
- 52 In internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz bestimmt sich die subjektive Schiedsfähigkeit nach dem 12. Kapitel des IPRG.¹⁵⁸ Dieses enthält jedoch, mit Ausnahme von Art. 177 Abs. 2 IPRG in Bezug auf staatlich beherrschte Unternehmen und staatlich kontrollierte Organisationen, keine Regelung zur subjektiven Schiedsfähigkeit und insbesondere nicht zur Partei- und Prozessfähigkeit nicht-staatlicher Parteien.¹⁵⁹ Aus diesem Grund kommt gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts der allgemeine prozessuale Grundsatz zur Anwendung, wonach die Parteifähigkeit einer Partei

¹⁵² Vgl. BGer v. 17.08.2004, 7B.109/2004, Erw. 3.1; BGer v. 20.05.2003, 5P.369/2002, Erw. 2.2. Vgl. für die Zeit vor Inkrafttreten des IPRG: BGE 109 III 112, 115.

¹⁵³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 46.

¹⁵⁴ Vgl. dazu nachstehend Rz. 82 ff.

¹⁵⁵ BGE 138 III 714, 719; BGer v. 23.07.2014, 4A_118/2014, Erw. 3.1; BERGER/KELLERHALS, Rz. 344; CATELLI, S. 53 f.; GIRSBERGER/VOSER, Rz. 447; GÖKSU, Rz. 570; GÜNTER, Rz. 356; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Rz. 3.100. Im Ergebnis: RÜEDE/HADENFELDT, S. 57.

¹⁵⁶ BERGER/KELLERHALS, Rz. 344; GÖKSU, Rz. 571; GÜNTER, Rz. 356; NATER-BASS/MOSIMANN, S. 174. In BGE 138 III 714, 720 ff. sowie BGer v. 31.03.2009, 4A_428/2008, Erw. 3.2, wird nur die Rechts- bzw. Parteifähigkeit thematisiert. Vgl. auch BGer v. 23.07.2014, 4A_118/2014, Erw. 3.1.

¹⁵⁷ BGE 128 III 50, 55 [Pra 91 (2002) Nr. 90, S. 516 f.]; BGer v. 04.04.2003, 4P.137/2002, Erw. 3.2.

¹⁵⁸ BGE 138 III 714, 720. Vgl. auch BGer v. 31.03.2009, 4A_428/2008, Erw. 3.2.

¹⁵⁹ Vgl. BGE 138 III 714, 720. Vgl. auch BGer v. 31.03.2009, 4A_428/2008, Erw. 3.2.

in einem Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz von der materiell-rechtlichen Vorfrage der Rechtsfähigkeit abhängt.¹⁶⁰

Mangels einer spezifischen Kollisionsnorm hinsichtlich der Rechtsfähigkeit von Schiedsparteien im 12. Kapitel des IPRG ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nach dem Personal- bzw. Gesellschaftsstatut, d.h. aufgrund des gemäss Art. 34 f. IPRG bzw. Art. 154 i.V.m. Art. 155 lit. c IPRG anwendbaren Rechts zu bestimmen, ob einem Gebilde Rechtspersönlichkeit zukommt.¹⁶¹ Sofern die Rechtsfähigkeit eines Gebildes aufgrund eines ausländischen Rechts zu bestimmen ist, muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung festgestellt werden, ob dieses gemäss dem anwendbaren ausländischen Recht Träger von Rechten und Pflichten sein kann.¹⁶² Wird einem Gebilde durch das Personal- bzw. Gesellschaftsstatut Rechtspersönlichkeit zugesprochen, so ist es auch nach schweizerischer Rechtsbetrachtung als rechts- und damit parteifähig anzusehen.¹⁶³ Dieses kaskadenartige Vorgehen hat letztlich auch für die Bestimmung der Parteifähigkeit eines Gebildes in einem Schiedsverfahren und im Ergebnis für die subjektive Schiedsfähigkeit zu gelten.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Vgl. BGE 138 III 714, 720; BGer v. 31.03.2009, 4A_428/2008, Erw. 3.2.

¹⁶¹ BGE 138 III 714, 720 f.

¹⁶² BGE 138 III 714, 721.

¹⁶³ BGE 138 III 714, 721 f.

¹⁶⁴ Vgl. BGE 138 III 714, 722. Anders noch BGer v. 31.03.2009, 4A_428/2008, Erw. 3.2.

3. Teil: Überblick über das internationale Konkursrecht der Schweiz

I. Wirkungen ausländischer Insolvenzverfahren vor Inkrafttreten des IPRG

Bis zum Inkrafttreten des IPRG im Jahr 1989 verfügte das schweizerische Recht über keine gesetzliche Regelung zu den Wirkungen ausländischer Insolvenzverfahren auf schweizerischem Territorium.¹⁶⁵ Lediglich vereinzelt hatte die Schweiz resp. hatten einzelne Kantone Staatsverträge im Bereich des internationalen Insolvenzrechts abgeschlossen.¹⁶⁶ Die Wirkungen ausländischer Insolvenzverfahren auf schweizerischem Boden wurden daher (mit Ausnahme der staatsvertraglichen Regelungen) durch die Rechtsprechung definiert.¹⁶⁷ Das Bundesgericht ging vom absoluten passiven Prinzip der Territorialität aus,¹⁶⁸ d.h. ein ausländisches Insolvenzverfahren konnte in der Schweiz keine Rechtswirkungen entfalten¹⁶⁹. Dementsprechend war einem ausländischen Insolvenzverwalter der Zugriff auf in der Schweiz gelegene Vermögenswerte verwehrt.¹⁷⁰ Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes war jedoch von einer uneinheitlichen Ausgestaltung dieses Prinzips geprägt¹⁷¹ und es zeigte sich zunehmend eine Tendenz in Richtung einer Auflockerung des Territorialitätsgrundsatzes^{172, 173}.

¹⁶⁵ STAEHELIN, Anerkennung, S. 3.

¹⁶⁶ Vgl. Botschaft IPRG, S. 448 f.

¹⁶⁷ KREN KOSTKIEWICZ, Anerkennung, S. 1 f.

¹⁶⁸ Vgl. BGE 109 III 112, 115 [Pra 73 (1984) Nr. 66, S. 160]; BGE 95 III 83, 89; BGE 37 II 587, 596; BGE 36 I 794, 797; BGE 35 I 811, 812; BGE 38 II 717, 720 f. [Pra 1 (1912) Nr. 286, S. 673]; BGE 37 II 587, 595 f. [Pra 1 (1912) Nr. 58, S. 149 f.]. Vgl. zu dieser Rechtsprechung KREN KOSTKIEWICZ/KÄHR, S. 407.

¹⁶⁹ Vgl. BOPP, S. 85; KREN KOSTKIEWICZ/KÄHR, S. 406; MARKUS, UNCITRAL-Modellgesetz, S. 16; RODRIGUEZ, Zuständigkeiten, Rz. 109; WALTHER, Grundlagen, S. 63.

¹⁷⁰ BREITENSTEIN, Rz. 192.

¹⁷¹ Vgl. für eine Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: BGE 109 III 112, 115 f. [Pra 73 (1984) Nr. 66, S. 160].

¹⁷² BGE 109 III 112, 115 f. [Pra 73 (1984) Nr. 66, S. 160]; BGE 107 II 484, 486; BGE 102 III 71, 74.

¹⁷³ Vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum internationalen Konkursrecht der Schweiz vor Inkrafttreten des IPRG: BREITENSTEIN, Rz. 190 ff.; BÜRGI, Konkursrechtli-

- ⁵⁵ In seiner frühesten Rechtsprechung erkannte das Bundesgericht, dass das SchKG nur für in der Schweiz eröffnete Konkursverfahren die Grundsätze der Universalität und Attraktivwirkung aufstelle.¹⁷⁴ Das ungeschriebene schweizerische internationale Konkursrecht basiere hingegen auf dem Territorialitätsprinzip.¹⁷⁵ Vorbehaltlich einer anderslautenden staatsvertraglichen Regelung könnten in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines Gemeinschuldners, über den im Ausland die Insolvenz eröffnet worden sei, daher nicht an die ausländische Insolvenzmasse abgeführt werden.¹⁷⁶ An diesem Grundsatz, dass sich ein im Ausland eröffnetes Insolvenzverfahren in der Schweiz nur auswirke, wenn und soweit von einem Staatsvertrag vorgesehen, hielt das Bundesgericht über lange Jahre fest,¹⁷⁷ obwohl die Rechtsprechung in einzelnen Teilaspekten uneinheitlich war.¹⁷⁸
- ⁵⁶ In den 1970er Jahren erwog das Bundesgericht erstmals, dass es fraglich erscheine, ob die zuvor vom Bundesgericht vertretene Auffassung, dass die Grundsätze der Universalität und Attraktivwirkung des Konkurses nur innerstaatlich gelten würden, einer erneuten Prüfung standhielte.¹⁷⁹ Wenig später stellte das Bundesgericht fest, dass (hinsichtlich ausländischer Insolvenzverfahren resp. deren Wirkungen auf schweizerischem Territorium) sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung in zunehmendem Masse für eine Einschränkung des Territorialitätsprinzips zugunsten des Universalitätsprinzips eintreten würden.¹⁸⁰ Schliesslich verwies es darauf, dass sich die Rechtsprechung in Richtung einer Abschwächung des Territorialitätsprinzips entwickle, indem sie auch im internationalen Verhältnis eine gewisse Universalität

che Staatsverträge, S. 184 ff.; HABSCH, Grenzüberschreitendes Insolvenzrecht, S. 14 f.; HANISCH, Wirkungen, S. 737 f.; KREN KOSTKIEWICZ/KÄHR, S. 407 f.; LORANDI, Handlungsspielraum, S. 561 f.; STAEHELIN, Anerkennung, S. 3 f.

¹⁷⁴ BGE 54 III 25, 28; BGE 37 II 587, 595 f.; BGE 32 I 774, 778; BGE 23 I 1285, 1288.

¹⁷⁵ BGE 109 III 112, 115 [Pra 73 (1984) Nr. 66, S. 160]; BGE 95 III 83, 89; BGE 37 II 587, 596 f.; BGE 35 I 811, 812.

¹⁷⁶ BGE 54 III 25, 28 f.; BGE 37 II 587, 596; BGE 35 I 811, 812.

¹⁷⁷ BGE 94 III 46, 48.

¹⁷⁸ Vgl. diesbezüglich die Übersicht über die vergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung in: BGE 109 III 112, 115 f. [Pra 73 (1984) Nr. 66, S. 160].

¹⁷⁹ BGE 102 III 71, 74.

¹⁸⁰ BGE 107 II 484, 486 unter anderem m.V.a. BGE 103 III 54, 58 [Pra 66 (1977) Nr. 253, S. 624]; BGE 102 III 71, 74 f.; BGE 100 Ia 18, 23 ff. Vgl. für eine Zusammenfassung der Entwicklung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: BGE 109 III 112, 115 f. [Pra 73 (1984) Nr. 66, S. 160].

der Zwangsvollstreckung anstrebe und die Gleichbehandlung aller Gläubiger besser zu gewährleisten suche.¹⁸¹

Mit Rücksicht auf diese Entwicklungen in der Rechtsprechung entschied das Bundesgericht in der Folge, dass unter bestimmten Voraussetzungen einer ausländischen Insolvenzmasse (und konsequenterweise auch einem ausländischen Insolvenzverwalter¹⁸²) die Aktivlegitimation¹⁸³ (nach hier vertretbarem Verständnis die Prozessführungsbefugnis¹⁸⁴ sowie die Aktivlegitimation) zur Anfechtung eines Kollokationsplanes in einem schweizerischen Konkurs zuzuerkennen sei.¹⁸⁵ 57

Entgegen der in seiner neueren Rechtsprechung angedeuteten liberaleren Auffassung entschied das Bundesgericht wenig später, unter anderem mit Verweis auf den Entwurf des IPRG, dass die legislativen Entwicklungen nur eine zurückhaltende Anwendung des Universalitätsprinzips erlauben würden und dem Grundsatz der Universalität weder gegenüber dem Schutz der schweizerischen Gläubiger noch gegenüber der schweizerischen Souveränität Vorrang gewährten.¹⁸⁶ Ein ausländischer Insolvenzverwalter¹⁸⁷ könne daher zwar seine Rechte wie eine Privatperson vor schweizerischen Gerichten geltend machen¹⁸⁸, er könne jedoch keine Zwangsmassnahmen ergreifen, um in der Schweiz gelegene Vermögenswerte an die ausländische Insolvenzmasse abzuführen, sondern sei in dieser Beziehung auf die privatrechtlichen Möglichkeiten beschränkt^{189, 190}. 58

¹⁸¹ BGE 109 III 112, 116 [Pra 73 (1984) Nr. 66, S. 160].

¹⁸² Vgl. dazu vorstehend Rz. 22.

¹⁸³ Im italienischsprachigen Entscheid mit «*legittimazione attiva*» bezeichnet (BGE 109 III 112, 117).

¹⁸⁴ Auch REISER, S. 320, führt hinsichtlich des Entscheides BGE 109 III 112 aus, dass dem ausländischen Insolvenzverwalter «die Prozessführungsbefugnis zuerkannt» wurde.

¹⁸⁵ BGE 109 III 112, 117 [Pra 73 (1984) Nr. 66, S. 161].

¹⁸⁶ BGE 111 III 38, 42 [Pra 75 (1986) Nr. 16, S. 47].

¹⁸⁷ Im französischen Originaltext jedoch mit «*la masse étrangère*» (d.h. als ausländische Insolvenzmasse) bezeichnet (vgl. BGE 111 III 38, 42).

¹⁸⁸ Vgl. diesbezüglich auch BGE 109 III 112, 117 [Pra 73 (1984) Nr. 66, S. 161].

¹⁸⁹ Vgl. diesbezüglich auch BGE 102 III 71, 77.

¹⁹⁰ BGE 111 III 38, 42 [Pra 75 (1986) Nr. 16, S. 47 f.].

II. Wirkungen ausländischer Insolvenzverfahren seit Inkrafttreten des IPRG

- 59 Durch die Inkraftsetzung des IPRG, konkret des darin enthaltenen 11. Kapitels «Konkurs und Nachlassvertrag» (Art. 166–175 IPRG),¹⁹¹ sollte ein erster «Schritt zur Beseitigung des Territorialitätsprinzips»¹⁹² gesetzt werden.¹⁹³ Für die «vollständige Hinwendung zur Universalität des Konkurses»¹⁹⁴ erschien die Zeit dem Gesetzgeber jedoch noch nicht reif.¹⁹⁵ Das 11. Kapitel des IPRG enthält daher auch keine umfassende Regelung des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts. Die Art. 166 ff. IPRG regeln lediglich die Anerkennung ausländischer Insolvenzdekrete und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen.¹⁹⁶
- 60 Aufgrund des seit der Einführung des IPRG geltenden gelockerten passiven Territorialitätsprinzips¹⁹⁷ entfaltet ein im Ausland eröffnetes Insolvenzverfahren in der Schweiz grundsätzlich nur unter den im 11. Kapitel des IPRG eng definierten Voraussetzungen gewisse Wirkungen.¹⁹⁸ Hingegen erfolgt keine Erstreckung der insolvenzrechtlichen Folgen des ausländischen Rechts auf die Schweiz.¹⁹⁹ Zwar besteht grundsätzlich die Möglichkeit, in der Schweiz gelegene Aktiven eines ausländischen Gemeinschuldners, über den im Ausland die Insolvenz eröffnet wurde, der ausländischen Insolvenzmasse zuzuführen.²⁰⁰ Vor einer möglichen Auslieferung solcher Vermögenswerte ist jedoch ein zweistufiges Verfahren zu durchlaufen, welches zunächst die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes²⁰¹ und anschliessend die Eröffnung *und* Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens²⁰² erfordert. Durch diese Regelung wird einerseits eine gewisse «Form von Rechtshilfe

¹⁹¹ Vgl. zum Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG nachstehend Rz. 76 ff.

¹⁹² Botschaft IPRG, S. 448.

¹⁹³ Botschaft IPRG, S. 448.

¹⁹⁴ Botschaft IPRG, S. 450.

¹⁹⁵ Botschaft IPRG, S. 450.

¹⁹⁶ Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 7; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 466.

¹⁹⁷ Vgl. dazu BGE 139 III 236, 237; BGE 137 III 631, 633; BGE 137 III 570, 572; BGE 137 III 374, 377; BGE 129 III 683, 688; Botschaft IPRG, S. 450.

¹⁹⁸ Vgl. BGE 137 III 570, 572.

¹⁹⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 4.

²⁰⁰ Botschaft IPRG, S. 449 f.

²⁰¹ Vgl. dazu nachstehend im Detail Rz. 61 ff.

²⁰² Vgl. dazu nachstehend im Detail Rz. 65 ff.

zugunsten eines im Ausland durchgeführten [Insolvenz-]Verfahrens»²⁰³ ermöglicht und andererseits der Schutz bevorzogter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 IPRG bezweckt.²⁰⁴ Überdies soll sichergestellt werden, dass der im Ausland erstellte Kollokationsplan «ungefähr den schweizerischen Vorstellungen der Gläubigerbehandlung im Konkurs Rechnung trägt»²⁰⁵.

1. Voraussetzungen und Verfahren bezüglich der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes

Nach Art. 166 Abs. 1 IPRG wird ein ausländisches Insolvenzdekret, welches am (Wohn-)Sitz des (ausländischen) Gemeinschuldners ergangen ist, auf Antrag des ausländischen Insolvenzverwalters oder eines Insolvenzgläubigers anerkannt, sofern das Insolvenzdekret in jenem Staat, in dem es ergangen ist, vollstreckbar²⁰⁶ ist (lit. a), kein Verweigerungsgrund nach Art. 27 IPRG²⁰⁷ vorliegt (lit. b) und der Staat, in dem das Insolvenzdekret ergangen ist, Gegenrecht²⁰⁸ hält (lit. c).

Der Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes ist an das zuständige Gericht am Ort des gelegenen Vermögens in der Schweiz zu richten (Art. 167 Abs. 1 IPRG). Diesbezüglich gelten Forderungen des Gemeinschuldners als dort gelegen, wo der Schuldner des Gemeinschuldners seinen (Wohn-)Sitz hat (Art. 167 Abs. 3 IPRG). Das Vorhandensein von Vermögenswerten muss der Antragsteller lediglich glaubhaft machen.²⁰⁹

²⁰³ BGE 139 III 236, 238; BGE 137 III 631, 634; BGE 135 III 40, 44. Vgl. auch BGE 130 III 620, 629; BGE 129 III 683, 688; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1.

²⁰⁴ Botschaft IPRG, S. 450.

²⁰⁵ Botschaft IPRG, S. 450.

²⁰⁶ Vgl. diesbezüglich BGE 126 III 101, 105 [Pra 90 (2001) Nr. 53, S. 307].

²⁰⁷ Die Anerkennung kann nach Art. 27 IPRG verweigert werden, wenn diese mit dem materiell-rechtlichen *ordre public* (Abs. 1) oder dem verfahrensrechtlichen *ordre public* (Abs. 2) unvereinbar wäre.

²⁰⁸ Vgl. diesbezüglich BGE 141 III 222, 223; BGE 137 III 517, 519 [Pra 101 (2012) Nr. 30, S. 214 f.]; BGE 126 III 101, 105 [Pra 90 (2001) Nr. 53, S. 308].

²⁰⁹ BGE 135 III 566, 571 f. [Pra 99 (2010) Nr. 62, S. 455]; BGer v. 05.10.2009, 5A_236/2009, Erw. 3.3; BGer v. 04.01.2008, 5A_539/2007, Erw. 3.2; BGer v. 19.10.2004, 5P.284/2004, Erw. 4.2.

- ⁶³ Sobald der Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes rechtshängig ist, kann das Anerkennungsgericht auf Begehren des Antragstellers sichernde Massnahmen nach Art. 162–165 und Art. 170 SchKG anordnen (Art. 168 IPRG).
- ⁶⁴ Eine vorfrageweise Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zulässig.²¹⁰

2. Vollstreckungsverfahren

- ⁶⁵ Soweit das IPRG nichts Gegenteiliges vorsieht, zieht die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes für das in der Schweiz gelegene Vermögen des ausländischen Gemeinschuldners zwingend die konkursrechtlichen Folgen des schweizerischen Rechts nach sich (Art. 170 Abs. 1 IPRG). Es kommt zur gerichtlichen Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens in der Schweiz. Die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens liegt in der Zuständigkeit des Konkursamtes.²¹¹ Dieses ist ausschliesslich befugt, die der ausländischen Insolvenzmasse zustehenden Rechte auszuüben.²¹² Das Konkursamt ist jedoch nur insoweit ausschliesslich zur Ausübung der zur ausländischen Insolvenzmasse gehörenden Rechte zuständig, als in der Schweiz gelegene Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners davon erfasst sind.²¹³ Dies folgt aus der Beschränkung des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG auf Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners, die auf schweizerischem Territorium gelegen sind.²¹⁴ Hinsicht-

²¹⁰ BGE 137 III 631, 634 f.; BGE 137 III 570, 574; BGE 135 I 63, 66; BGE 134 III 366, 373 [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 930 f.]; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1.

²¹¹ BGE 138 III 628, 630 [Pra 102 (2013) Nr. 27, S. 206 f.]; BGE 137 III 631, 634; BGE 135 III 40, 44; JdT 1993 II 125, 127 [SJ 1991 592, Erw. 2.d].

²¹² BGE 137 III 631, 634; BGE 135 III 40, 44; JdT 1993 II 125, 127 f. [SJ 1991 592, Erw. 2.d]. Vgl. auch BGE 138 III 628, 630 [Pra 102 (2013) Nr. 27, S. 206 f.].

²¹³ Zutreffend BGE 138 III 628, 630: «[L]’office suisse des faillites est exclusivement compétent pour administrer et réaliser *les droits patrimoniaux du débiteur commun en Suisse* [...]» [Kursivdruck hinzugefügt]. In BGE 137 III 631, 634; BGE 135 III 40, 44; JdT 1993 II 125, 127 f. [SJ 1991 592, Erw. 2.d], wurde noch allgemein darauf verwiesen, dass dem Konkursamt die ausschliessliche Befugnis zustehe, die zur ausländischen Konkursmasse gehörenden Rechte auszuüben, soweit es um *in der Schweiz gelegenes Vermögen* gehe.

²¹⁴ Vgl. dazu nachstehend Rz. 76 ff.

lich dieser Vermögenswerte steht der Sekundärkonkursmasse, die durch das Konkursamt vertreten wird, auch die Prozessführungsbefugnis zu.²¹⁵

Nach Eröffnung des Sekundärkonkursverfahrens erstellt das zuständige Konkursamt ein Inventar über die in der Schweiz gelegenen Aktiven (Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 221 Abs. 1 SchKG), führt einen Schuldenruf durch (Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 232 SchKG) und erstellt den Kollokationsplan (Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 247 SchKG i.V.m. Art. 172 Abs. 1 IPRG).²¹⁶

In den zu erstellenden Kollokationsplan sind ausschliesslich pfandgesicherte Forderungen nach Art. 219 Abs. 1 SchKG (Art. 172 Abs. 1 lit. a IPRG)²¹⁷ sowie nicht-pfandgesicherte, aber privilegierte Forderungen von Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz (Art. 172 Abs. 1 lit. b IPRG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* und *Zweite Klasse* SchKG) aufzunehmen. Vor einer eventuellen Aushändigung von in der Schweiz gelegenen Vermögenswerten ist diese beschränkte Gruppe bevorzogter Forderungen vorab zu befriedigen (vgl. Art. 173 Abs. 1 IPRG).

Verbleibt nach der Befriedigung der bevorzugten Gläubiger im Sinne von Art. 172 Abs. 1 IPRG ein Überschuss, wird dieser grundsätzlich dem ausländischen Insolvenzverwalter oder den berechtigten Insolvenzgläubigern zur Verfügung gestellt (Art. 173 Abs. 1 IPRG). Der Überschuss darf jedoch erst nach gerichtlicher Anerkennung des ausländischen Kollokationsplanes ausgehändigt werden (Art. 173 Abs. 2 IPRG). Das zuständige Anerkennungsgericht prüft dabei insbesondere, ob die Forderungen von (nicht-bevorzugten) Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz im ausländischen Kollokationsplan angemessen berücksichtigt worden sind (Art. 173 Abs. 3 IPRG). Wird der ausländische Kollokationsplan nicht anerkannt, so ist ein Überschuss an die Drittklassgläubiger mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz zu verteilen (Art. 174 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 *Dritte Klasse* SchKG). Ungeklärt ist, was mit dem Überschuss geschehen soll, falls keine

²¹⁵ Vgl. dazu vorstehend FN 45.

²¹⁶ SCHNYDER, Internationales Konkursrecht, S. 131; SCHNYDER, Internationales Insolvenzrecht, S. 400; SCHNYDER/LIATOWITSCH, Rz. 482.

²¹⁷ Da sich das Sekundärkonkursverfahren nur auf in der Schweiz gelegene Aktiven erstreckt, erfasst Art. 172 Abs. 1 lit. a IPRG ausschliesslich Forderungen, die mit einem in der Schweiz gelegenen Pfandgegenstand gesichert sind (Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 172 N 2; vgl. auch CR LDIP-BRACONI, Art. 172 N 6; ZK IPRG-VOLKEN, Art. 172 N 9).

solchen Gläubiger der dritten Klasse vorhanden sind.²¹⁸ In diesem Fall ist davon auszugehen, dass das überschüssige in der Schweiz gelegene Vermögen des Gemeinschuldners wieder der Einzelzwangsvollstreckung zugänglich ist.²¹⁹

3. Rechtsfolgen der Nichtanerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes

- ⁶⁹ Wird das Begehren um Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes abgewiesen, dann entfaltet das ausländische Insolvenzverfahren in der Schweiz grundsätzlich keine Wirkungen.²²⁰ Infolgedessen wird die Verfügungsmacht des ausländischen Gemeinschuldners über die inländischen Vermögenswerte nicht beschränkt²²¹ und es besteht die Möglichkeit, dass der ausländische Gemeinschuldner in der Schweiz gelegene Vermögenswerte ins Ausland schafft.²²² Zudem sind weiterhin Einzelvollstreckungen gegen den ausländischen Gemeinschuldner in der Schweiz zulässig.²²³ Hingegen sind etwaige materiell-rechtliche Rechtsfolgen der ausländischen Insolvenzeröffnung zu berücksichtigen, sofern die diesbezüglich notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind.²²⁴

²¹⁸ Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 173–174 N 14.

²¹⁹ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 12. Implizit: STAEHELIN, Anerkennung, S. 171. Offenlassend, ob ein aus dem Sekundärkonkursverfahren ergehender Überschuss dem Gemeinschuldner oder dem ausländischen Insolvenzverwalter auszuhändigen ist: ZILTENER/SPÄTH, S. 87.

²²⁰ BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 N 49. SCHWANDER, BGZ-Entscheid, S. 388, plädierte im Jahr 2000 (d.h. noch vor der Mehrzahl der bundesgerichtlichen Entscheide zum 11. Kapitel des IPRG) für eine «blosse Berücksichtigung» eines nicht-anerkannten ausländischen Insolvenzdekretes resp. dessen Wirkungen «als Faktum». Eine solche Berücksichtigung könne insbesondere auch die «Anerkennung der Legitimation ausländischer Konkursmassen» in einem Zivilprozess oder in einem Spezialexekutionsverfahren enthalten (ebenso SCHWANDER, Anerkennung, S. 333 f.).

²²¹ THEUS SIMONI, Konkurs im Ausland, S. 1430.

²²² BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 N 49b; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 166 N 16.

²²³ Vgl. Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 166 N 16; BRUNNER, Gläubigerschutz, S. 5; MEIER, Einführung, S. 21 f. Vgl. auch OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 328.

²²⁴ Vgl. dazu nachstehend Rz. 70 ff.

4. Berücksichtigung materiell-rechtlicher Rechtsfolgen ausländischer Insolvenzverfahren

Vorbehaltlich etwaiger Staatsverträge oder supranationaler Rechtsakte liegt es im Ermessen eines jeden Staates, inwieweit er die rechtlichen Wirkungen eines ausländischen Insolvenzverfahrens anerkennt oder berücksichtigt und ihnen damit Wirkung auf seinem Staatsgebiet verleiht, resp. unter welchen Voraussetzungen eine Anerkennung bzw. Berücksichtigung möglich sein soll.²²⁵ Dies gilt unabhängig davon, ob materiell-rechtliche oder insolvenzrechtstypische bzw. vollstreckungsrechtliche Rechtsfolgen – Letztere sind ausschliesslich nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes nach Art. 166 Abs. 1 IPRG in der Schweiz zu berücksichtigen²²⁶ – eines ausländischen Insolvenzverfahrens betroffen sind.²²⁷

In der Schweiz besteht keine (gesetzliche) Regelung hinsichtlich der Anerkennung bzw. Berücksichtigung materiell-rechtlicher Rechtsfolgen ausländischer Insolvenzverfahren. Eine Berücksichtigung solcher Wirkungen in der Schweiz ohne Prüfung jeglicher Voraussetzungen würde zu einer Aushebelung des Schutzzweckes und der Schutzwirkungen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung ausländischer Hoheitsakte (z.B. der Vereinbarkeit mit dem schweizerischen *ordre public*) führen und stünde unter Umständen im Widerspruch zu den Interessen der durch ein ausländisches Insolvenzverfahren betroffenen Personen (z.B. ausländischer Gemeinschuldner, in- und ausländische Gläubiger, Drittschuldner).²²⁸ So könnte z.B. eine im Ausland erfolgte und aus schweizerischer Sicht *ordre public*-widrige Insolvenzeröffnung auf schweizerischem Territorium materiell-rechtliche Wirkung entfalten, obwohl die formelle Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes aufgrund von Art. 166 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 27 IPRG versagt werden müsste.

Nach der hier vertretenen Ansicht muss daher die Berücksichtigung materiell-rechtlicher Rechtsfolgen der ausländischen Insolvenzeröffnung auf schweizerischem Territorium an die Erfüllung bestimmter (Anerkennungs-)Voraussetzungen geknüpft sein. Für die Berücksichtigung solcher materiell-rechtlicher Rechtsfolgen kann allerdings kein formeller Exequa-

²²⁵ Vgl. DOMEJ, Haftungsverwirklichung, S. 481.

²²⁶ Vgl. dazu nachstehend Rz. 168.

²²⁷ Vgl. DOMEJ, Haftungsverwirklichung, S. 481.

²²⁸ Vgl. DOMEJ, Haftungsverwirklichung, S. 483.

turentscheid nach Art. 166 Abs. 1 IPRG notwendig sein. Die kumulativ erforderlichen, strengen Anerkennungs Voraussetzungen von Art. 166 Abs. 1 IPRG²²⁹ rechtfertigen sich nicht vollumfänglich, soweit jene Wirkungen eines ausländischen Insolvenzverfahrens betroffen sind, die keine Beschlags- resp. Verwertungswirkung zum Ziel haben. Es erscheint jedoch gerechtfertigt, die in Frage stehenden materiell-rechtlichen Rechtsfolgen auf ihre Vereinbarkeit mit dem schweizerischen *ordre public* zu prüfen, um sicherzustellen, dass die Berücksichtigung der Wirkungen nicht zu einer Verletzung des schweizerischen materiellen oder verfahrensrechtlichen *ordre public* (Art. 166 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 27 IPRG) führt. Darüber hinaus muss der *Insolvenzstaat* zur Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens nach Art. 166 Abs. 1 IPRG indirekt zuständig und das ausländische Insolvenzdekret im Sinne von Art. 166 Abs. 1 lit. b IPRG vollstreckbar sein. Im Ergebnis ist daher für eine Berücksichtigung materiell-rechtlicher Wirkungen auf schweizerischem Staatsgebiet die Erfüllung der Anerkennungs Voraussetzungen nach Art. 166 Abs. 1 lit. a–b IPRG zu verlangen.

- ⁷³ Einige Autoren scheinen hingegen zumindest gewissen materiell-rechtlichen Rechtsfolgen eines ausländischen Insolvenzverfahrens bzw. einer ausländischen Insolvenzeröffnung in der Schweiz ohne Prüfung von (Anerkennungs-) Voraussetzungen und unabhängig von der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes²³⁰ in der Schweiz Rechnung tragen zu wollen.²³¹ Materiell-rechtliche Wirkungen sollen danach grundsätzlich in Anwendung des Kollisionsrechts berücksichtigt werden.²³² Das Bundesgericht²³³ scheint diesem Ansatz zu folgen, wenn es eine Beeinträchtigung der Handlungsfähigkeit eines ausländischen Gemeinschuldners, die aufgrund der ausländischen Insolvenzeröffnung eintritt, nach Art. 35 IPRG (für natürliche Personen) resp. nach Art. 154 Abs. 1 bzw. Art. 155 lit. c IPRG (für Gesellschaften) in der Schweiz ohne die Prüfung weiterer Voraussetzungen beach-

²²⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 61.

²³⁰ Vgl. zur fehlenden Notwendigkeit der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes: STAEHELIN, Konkurs im Ausland, S. 412. Im Ergebnis wohl auch BGE 139 III 236, 237 f.; BGE 137 III 570, 572; SIEHR, Grundfragen, S. 87.

²³¹ Vgl. dazu OBERHAMMER, Urteilsbesprechung, S. 437; STAEHELIN, Anerkennung, S. 16 ff.; THEUS SIMONI, Konkursverwalter, S. 255 ff. Im Ergebnis: SIEHR, Grundfragen, S. 87 f.

²³² BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 N 43; OBERHAMMER, Urteilsbesprechung, S. 437. Vgl. auch SIEHR, Grundfragen, S. 87.

²³³ BGE 139 III 236, 237 f.; BGE 137 III 570, 572.

tet. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass das Bundesgericht in den betreffenden Entscheiden²³⁴ hinsichtlich natürlicher Personen von der Verminderung der «Verfügungsbefugnis» und mit Bezug auf juristische Personen von der Beeinträchtigung der «Handlungsfähigkeit» spricht. Der Verweis auf Art. 35 IPRG sowie Art. 154 Abs. 1 resp. Art. 155 IPRG lässt jedoch darauf schliessen, dass nicht die Verfügungsbefugnis, sondern die Handlungsfähigkeit des ausländischen Gemeinschuldners gemeint ist. Von der Handlungsfähigkeit ist die Verfügungsbefugnis (resp. die Verfügungsmacht) eines ausländischen Gemeinschuldners zu unterscheiden. Deren als Folge der ausländischen Insolvenzeröffnung eingetretene Einschränkung ist ohne formelle Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes in der Schweiz nicht zu beachten, da es sich um eine insolvenzrechtstypische Wirkung handelt.²³⁵

²³⁴ BGE 139 III 236, 237 f.; BGE 137 III 570, 572.

²³⁵ So im Ergebnis: BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 N 49b; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 166 N 16.

4. Teil: Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten

I. Einleitende Bemerkungen

1. Uneinheitliche Begriffsverwendung

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist hinsichtlich des Rechts eines ausländischen Insolvenzverwalters, ein Verfahren zu führen, eine uneinheitliche Begriffsverwendung zu beobachten. So spricht das Bundesgericht hinsichtlich der Klage- und Antragsberechtigung ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten in einigen Fällen von der (fehlenden) *Aktivlegitimation*²³⁶, in anderen Fällen verwendet es den Begriff der (fehlenden) *Prozessführungsbefugnis*^{237 238}. 74

Unabhängig von der uneinheitlichen Begriffsverwendung geht das Bundesgericht in den betreffenden Entscheiden²³⁹ im Ergebnis stets von einer Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 59 Abs. 2 ZPO und damit von der Prozessführungsbefugnis aus.²⁴⁰ Dies ist darauf zurückzuführen, dass hinsichtlich der Befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters zur gerichtlichen 75

²³⁶ BGE 137 III 631, 634; BGE 137 III 374, 376; BGE 134 III 366, 375 ff. [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 935 ff.]; BGE 129 III 683, 688; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 1.2; BGer v. 17.08.2004, 7B.109/2004, Erw. 3.2. Vgl. auch schon BGE 109 III 112, 115 [Pra 73 (1984) Nr. 66, S. 159].

²³⁷ BGE 139 III 236, 239; BGE 137 III 631, 634; BGE 137 III 570, 575; BGE 135 III 40, 43; BGE 134 III 366, 377 [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 937]; BGer v. 19.01.2017, 5A_520/2016, Erw. 2; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 1.2.

²³⁸ KUHN/JAKOB, Rz. 36. Vgl. auch OGer/ZH v. 19.03.2013, PS130044, Erw. 3.2.2. und den Verweis darauf in OGer/ZH v. 20.03.2015, LB150005, Erw. 3.2.2. In BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 1.2, führte das Bundesgericht explizit aus, «[...] dass es dieser [der Beschwerdeführerin] an der Prozessführungsbefugnis (bzw. Aktivlegitimation) [...] fehle».

²³⁹ Im Ergebnis: BGE 139 III 236, 239 f., 242 ff.; BGE 137 III 631, 635 f.; nicht publizierte Erw. 3 in BGE 134 III 366 sowie BGE 134 III 366, 374 ff. [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 926, 934 ff.].

²⁴⁰ OGer/ZH v. 19.03.2013, PS130044, Erw. 3.2.2. und den Verweis darauf in OGer/ZH v. 20.03.2015, LB150005, Erw. 3.2.2.; KUHN/JAKOB, Rz. 36 f.

Geltendmachung eines Anspruches nicht die materielle Berechtigung an diesem berührt ist, sondern die prozessuale Befugnis, den jeweiligen Anspruch in eigenem Namen geltend zu machen.²⁴¹ Vor diesem Hintergrund ist in den folgenden Ausführungen ausschliesslich von der (fehlenden) Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter zu sprechen.

2. Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG

- ⁷⁶ Auf den ersten Blick scheint die Funktion des ausländischen Insolvenzverwalters im schweizerischen Recht untrennbar mit dem 11. Kapitel des IPRG und den dort geltenden Beschränkungen verknüpft. Die Rollen scheinen klar verteilt: Als Folge des gelockerten passiven Territorialitätsprinzips wird ausländischen Insolvenzverwaltern von der Rechtsprechung nur vereinzelt die Prozessführungsbefugnis zuerkannt.²⁴² Leicht vergessen wird aber, dass die erwähnte Rechtsprechung (ausschliesslich) zum 11. Kapitel des IPRG ergangen ist. Für eine allgemeine Untersuchung der ausländischen Insolvenzverwaltern vor schweizerischen Gerichten zustehenden Prozessführungsbefugnis bzw. deren Bestandes muss daher zunächst der Anwendungsbereich der Art. 166 ff. IPRG genauer betrachtet und abgegrenzt werden. Es ist insbesondere die Frage zu stellen, ob der Anwendungsbereich dieser wenigen Artikel umfassend ist, d.h. ob die Art. 166 ff. IPRG die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten abschliessend regeln, oder ob auch Konstellationen denkbar sind, die das 11. Kapitel des IPRG nicht erfasst und in denen ausländische Insolvenzverwalter vor hiesigen Gerichten zur Prozessführung befugt sind.

²⁴¹ KUHN/JAKOB, Rz. 37. Vgl. auch OGer/ZH v. 19.03.2013, PS130044, Erw. 3.2.2. und den Verweis darauf in OGer/ZH v. 20.03.2015, LB150005, Erw. 3.2.2. Siehe auch die widersprüchlichen Ausführungen in BGE 139 III 504, 507: «En effet, la qualité pour recourir [Beschwerdelegitimation], qui est une condition de recevabilité, ne se confond pas avec la *qualité pour agir ou pour défendre* [aktive und passive Prozessführungsbefugnis] au fond, en l'espèce avec la qualité pour requérir la reconnaissance de la décision étrangère ou la qualité pour s'opposer à la reconnaissance au sens de l'art 167 al. 1 en relation avec l'art 29 al. 2 LDIP (SR 291), *qui est une condition de droit matériel.*» [Kursivdruck hinzugefügt]. CR LP-KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Art. 166 LDIP N 37, weisen darauf hin, dass im Rahmen des Rechts einen Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes nach Art. 166 Abs. 1 IPRG zu stellen, statt von Aktivlegitimation richtigerweise von Antragsberechtigung oder Prozessführungsbefugnis gesprochen werden muss.

²⁴² Vgl. dazu nachstehend Rz. 88 sowie nachstehend im Detail Rz. 91 ff.

In seiner Rechtsprechung hat das Bundesgericht festgestellt, dass das 11. Kapitel des IPRG jene Fälle regle, in denen über einen Gemeinschuldner mit (Wohn-)Sitz im Ausland, der über Vermögenswerte in der Schweiz verfügt, ausserhalb der Schweiz die Insolvenz eröffnet worden ist.²⁴³ Das in den Art. 166–175 IPRG vorgesehene System sei abschliessend.²⁴⁴ 77

Im Jahr 2011 stimmte das Bundesgericht in einem wegweisenden Entscheid den Ausführungen einer der am Beschwerdeverfahren beteiligten Parteien zu, dass die Art. 166 ff. IPRG «nur greifen, wenn in der Schweiz gelegenes Vermögen zur [ausländischen] Masse gezogen werden soll»²⁴⁵. Andernfalls fehle «es am territorialen Bezug zur Schweiz»²⁴⁶. Im Umkehrschluss liess sich daraus folgern, dass das 11. Kapitel des IPRG keine Anwendung findet, soweit durch die Prozessführung eines ausländischen Insolvenzverwalters *keine* in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners erfasst sind, d.h. ein Gerichtsverfahren entweder inländische Vermögenswerte betrifft, die nicht dem Gemeinschuldner gehören oder dem ausländischen Gemeinschuldner zustehende Vermögenswerte, die ausserhalb des schweizerischen Territoriums gelegen sind. 78

In einem späteren Entscheid aus dem Jahr 2013 stellte das Bundesgericht denn auch fest, dass sich der ergangenen Rechtsprechung nicht entnehmen lasse, «dass durch das 11. Kapitel des IPRG einer ausländischen Konkursverwaltung die Prozessführung vor schweizerischen Gerichten (abgesehen von den im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Befugnissen) *generell* untersagt werden sollte, so insbesondere auch dann, wenn keine Vermögenswerte in der Schweiz betroffen sind»²⁴⁷. Es führte weiter aus: «Aus welchem Grund die Prozessführungsbefugnis der ausländischen Insolvenzverwaltung über diesen Fall [d.h. die Abführung von in der Schweiz gelegenen Vermögen des ausländischen Gemeinschuldners an die ausländische Insolvenzmasse] hinaus beschränkt sein sollte, ist denn mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des 11. Kapitels des IPRG auch nicht ohne Weiteres ersichtlich [...]»²⁴⁸. Das Bundesgericht liess am Ende allerdings offen, «[w]ie es sich mit der Prozessführungsbefugnis des ausländischen Konkursverwalters *aus-* 79

²⁴³ BGE 134 III 366, 377 f. [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 937]; BGE 130 III 620, 630 f.

²⁴⁴ BGE 139 III 236, 238; BGE 137 III 570, 573.

²⁴⁵ BGE 137 III 631, 635. Vgl. auch BGE 139 III 236, 242.

²⁴⁶ BGE 137 III 631, 635. Vgl. auch BGE 139 III 236, 242.

²⁴⁷ BGE 139 III 236, 242.

²⁴⁸ BGE 139 III 236, 242.

serhalb der von Art. 166 ff. IPRG erfassten Konstellation allgemein verhält»²⁴⁹ [Kursivdruck hinzugefügt]. Obwohl sich das Bundesgericht diesbezüglich nicht ohne konkreten Anlass festlegen wollte, bestätigte es doch mit dieser Rechtsprechung, dass das 11. Kapitel des IPRG ausschliesslich zur Anwendung gelangt, soweit in der Schweiz gelegene Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners durch das Handeln eines ausländischen Insolvenzverwalters betroffen sind und dass es somit Konstellationen geben muss, in denen die Prozessführung eines ausländischen Insolvenzverwalters in der Schweiz nicht von den Bestimmungen des 11. Kapitels des IPRG erfasst ist.

- 80 Der Vollständigkeit halber ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die Art. 166 ff. IPRG nur zur Anwendung kommen, sofern keine dem IPRG vorgehende staatsvertragliche Regelung²⁵⁰ besteht (Art. 1 Abs. 2 IPRG).²⁵¹ Der geographische Anwendungsbereich dieser Staatsverträge ist begrenzt, da sich deren räumlicher Anwendungsbereich auf Teilgebiete von Deutschland und der Schweiz beschränkt.²⁵² Zudem sollen im Zuge der Revision des 11. Kapitels des IPRG diese Staatsverträge entweder gekündigt oder im gegenseitigen Einvernehmen mit Deutschland aufgehoben werden.²⁵³

3. Kollisionsrechtliche Anknüpfung

- 81 Welche Prozessvoraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Gericht auf eine anhängige Rechtssache eintritt, bestimmt sich aus kollisionsrechtlicher Perspektive nach der *lex fori processus*.²⁵⁴ Wie bei einem rein nationalen

²⁴⁹ BGE 139 III 236, 242. Vgl. auch BGer v. 19.01.2017, 5A_520/2016, Erw. 2.2 sowie KÖLZ, S. 748.

²⁵⁰ Für die Schweiz bzw. einzelne Kantone sind die folgenden international konkursrechtlichen Staatsverträge heute noch anwendbar: Übereinkunft mit der Krone Württemberg; Übereinkunft mit dem Königreich Bayern sowie Übereinkunft mit dem Königreich Sachsen (vgl. diesbezüglich Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4147 f.; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 19; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 190, Rz. 193 sowie Rz. 196).

²⁵¹ BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 N 3. Vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 19.

²⁵² Vgl. KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 187.

²⁵³ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4131 sowie S. 4147.

²⁵⁴ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 11 Rz. 8. Im Ergebnis: SIEHR, Das internationale Privatrecht, S. 645 ff.

Sachverhalt erfolgt die Beurteilung bei einem internationalen Sachverhalt und schweizerischer Gerichtszuständigkeit daher nach Art. 59 Abs. 2 ZPO.²⁵⁵ Im Rahmen der inhaltlichen Prüfung, ob die Prozessvoraussetzungen tatsächlich erfüllt sind, müssen international-zivilverfahrensrechtliche Fragestellungen berücksichtigt werden.²⁵⁶ Die Bestimmung bzw. Überprüfung der einzelnen Prozessvoraussetzungen folgt dabei nicht zwingend der *lex fori processus*.²⁵⁷

So stellt sich auch in Bezug auf die Prozessvoraussetzung der Prozessführungs- 82
befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters vor schweizerischen Gerichten die Frage, nach welchem Recht diese zu bestimmen ist. Wie bereits erläutert wurde,²⁵⁸ ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass für die kollisionsrechtliche Anknüpfung zwischen der Prozessführungs-
befugnis kraft materiellen Rechts und der Prozessführungs-
befugnis kraft formellen Rechts zu unterscheiden ist. Es ist daher zunächst zu untersuchen, ob die Prozessführungs-
befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters kraft formellen oder kraft materiellen Rechts besteht.

Das Insolvenzrecht als Teil des Zwangsvollstreckungsrechts dient der 83
Durchsetzung materieller Rechte und gilt als formelles Recht.²⁵⁹ Die Prozessführungs-
befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters, die diesem als Folge der ausländischen Insolvenzeröffnung zusteht,²⁶⁰ ist daher aus der Perspektive des schweizerischen Rechts eine Prozessführungs-
befugnis kraft formellen Rechts.²⁶¹ Dies hat auch dann zu gelten, wenn für eine bestimmte Streitsache die Prozessführungs-
befugnis vor der Insolvenzeröffnung dem Gemeinschuldner zustand und dabei als Prozessführungs-
befugnis kraft mate-

²⁵⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 11 Rz. 8. Im Ergebnis: BK ZPO-ZINGG, Art. 59 N 23; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-ZÜRCHER, Art. 59 N 5.

²⁵⁶ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 11 Rz. 8.

²⁵⁷ So z.B. die Parteifähigkeit und die Prozessfähigkeit (vgl. dazu vorstehend Rz. 44 sowie Rz. 48).

²⁵⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 35 ff.

²⁵⁹ Vgl. FORSTMOSER/VOGT, § 4 N 34 ff.; RÖDIG, S. 108 f.; SEILER, Einführung, S. 81.

²⁶⁰ Vgl. z.B. für das deutsche Recht: Andres/Leithaus/Dahl-LEITHAUS, § 80 N 7; Münch-Komm InsO II-OTT/VUIA, § 80 N 75; Graf-Schlicker-WEBEL, § 80 N 9; GUNDLACH/FRENZEL/SCHMIDT, S. 3223. Vgl. z.B. für das österreichische Recht: DELLINGER/OBERHAMMER/KOLLER, Rz. 271 sowie Rz. 273.

²⁶¹ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der ausländische Insolvenzverwalter nach der *lex fori concursus* zur Prozessführung «legitimiert» ist (vgl. dazu BGE 135 III 666, 668; KREN KOSTKIEWICZ, Anerkennung, S. 9; NUSSBAUM, S. 16).

riellen Rechts galt. Denn mit der Insolvenzeröffnung steht die Prozessführungsbefugnis einem ausländischen Insolvenzverwalter aufgrund der *lex fori concursus* zu und verliert somit ihren ursprünglichen Charakter. Die Klassifizierung als Prozessführungsbefugnis kraft formellen Rechts führt dazu, dass sich der Bestand und die Wirkungen der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters nach der *lex fori processus* richten,²⁶² d.h. bei einem Gerichtsstand in der Schweiz nach schweizerischem Recht zu bestimmen sind.²⁶³

- 84 Allerdings ist zu berücksichtigen, dass im internationalen Insolvenzrecht von einem grundsätzlichen Vorrang der *lex fori concursus* ausgegangen wird.²⁶⁴ Vor diesem Hintergrund könnte die Bestimmung des Bestandes und der Wirkungen der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters nach der *lex fori processus*, obwohl diese prozessuale Befugnis aus der Sicht des ausländischen Rechts kraft der ausländischen Insolvenzeröffnung besteht, als widersprüchlich erscheinen. Es könnte der Schluss gezogen werden, dass die Anknüpfung trotz des verfahrensrechtlichen Charakters der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters in Abweichung von den eingangs dargestellten Grundsätzen,²⁶⁵ bei insolvenzrechtlichen Tatbeständen nach der *lex fori concursus* vorzunehmen sei.
- 85 In Analogie zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung der Prozessführungsbefugnis kraft materiellen Rechts²⁶⁶ wäre in diesem Fall der Bestand der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters nach der *lex fori concursus* zu bestimmen, während sich lediglich ihre Wirkungen nach der *lex fori processus* richten würden. Ein solcher Ansatz würde den Fokus stärker darauf legen, dass die Befugnisse eines ausländischen Insolvenzverwalters – und damit auch die Befugnis zur Prozessführung – grundsätzlich

²⁶² Vgl. dazu vorstehend Rz. 37.

²⁶³ In diesem Sinne auch THEUS SIMONI, Konkursverwalter, S. 340: «Vom schweizerischen Recht hängt es [...] ab, ob und inwieweit es die Befugnisse des ausländischen Konkursverwalters (insbesondere die Prozessführungs- sowie die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis) für das Gebiet der Schweiz anerkennen will.» Vgl. auch GRAF, Anerkennung, S. 346 f., die von der «Anerkennung des Übergangs der Prozessführungsbefugnis» vom Gemeinschuldner auf den Insolvenzverwalter spricht.

²⁶⁴ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 36 sowie Rz. 276. Vgl. auch UNCITRAL Legislative Guide I and II, Rz. 80 sowie Rz. 83; Gottwald-KOLMANN/KELLER, § 130 N 22.

²⁶⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 37.

²⁶⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 36.

infolge der Insolvenzeröffnung bestehen und sich daher nach der ausländischen *lex fori concursus* zu richten hätten.

Nach der hier vertretenen Ansicht sprechen jedoch zwei Argumente gegen eine solche Anknüpfung. Zum einen wird das internationale Konkursrecht der Schweiz *de lege lata* vom Grundsatz der gelockerten passiven Territorialität beherrscht.²⁶⁷ Dies hat zur Folge, dass ausländisches Insolvenzrecht in der Schweiz grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangt.²⁶⁸ Der Bestand der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters kann daher nicht nach der *lex fori concursus* bestimmt werden. Zum anderen richten sich im Anwendungsbereich der Art. 166 ff. IPRG der Bestand und die Wirkungen der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters ausschliesslich nach schweizerischem Recht, namentlich nach dem 11. Kapitel des IPRG.²⁶⁹ Entsprechend käme eine Anknüpfung der Prozessführungsbefugnis nach der *lex fori concursus* nur ausserhalb des Anwendungsbereiches der Art. 166 ff. IPRG in Betracht und damit nur in jenen Fällen, in denen keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners von der Prozessführung eines ausländischen Insolvenzverwalters erfasst sind²⁷⁰. Dies würde zu dem unbefriedigenden Resultat führen, dass die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters unterschiedlich anzuknüpfen wäre, je nachdem, ob von dessen Prozessführung vor schweizerischen Gerichten in der Schweiz gelegene Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners betroffen wären oder nicht. Die Belegenheit und Zugehörigkeit der von der Prozessführung eines ausländischen Insolvenzverwalters betroffenen Vermögenswerte eignen sich hingegen nicht als Kriterium für eine uneinheitliche Anknüpfung.

4. Fehlende Rechtsverfolgungsbefugnisse ausländischer Insolvenzverwalter

Als Folge des im internationalen Insolvenzrecht der Schweiz geltenden gelockerten Territorialitätsprinzips und zum damit angestrebten Schutz inländischer Gläubiger²⁷¹ hat das Bundesgericht in zahlreichen Entscheiden auslän-

²⁶⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60.

²⁶⁸ Vgl. Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 166 N 1.

²⁶⁹ Vgl. dazu nachstehend Rz. 87 ff. sowie Rz. 90 ff.

²⁷⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 78 f.

²⁷¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60.

dischen Insolvenzverwaltern (im Anwendungsbereich der Art. 166 ff. IPRG²⁷²) die Befugnis abgesprochen, in der Schweiz Forderungen in Betreibung zu setzen,²⁷³ Ansprüche klageweise geltend zu machen²⁷⁴, definitive Rechtsöffnung zu beantragen²⁷⁵ sowie Forderungen in einem schweizerischen Konkurs einzugeben²⁷⁶.²⁷⁷ Ausländische Insolvenzverwalter verfügen zudem nicht über die Befugnis, Verwertungshandlungen in einem schweizerischen Konkurs vorzunehmen.²⁷⁸ Diese und weitere Rechtsverfolgungsbefugnisse (Betreibungseinleitung, Klageerhebung und Forderungseingabe in einem Konkurs) können einzig – nach der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes – durch die Sekundärkonkursmasse, vertreten durch das Konkursamt, vorgenommen werden.²⁷⁹

- 88 Das Bundesgericht führte in verschiedenen Entscheiden aus, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter ausschliesslich befugt sei, einen Antrag auf Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes (Art. 166 Abs. 1 IPRG)²⁸⁰ und auf Anordnung sichernder Massnahmen (Art. 168 IPRG)²⁸¹ zu stellen.²⁸² Ausserdem sei er zur Anhebung von Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG (Art. 171 IPRG) berechtigt,²⁸³ sofern das ausländische Insolvenzdekret in der Schweiz anerkannt worden ist und die notwendigen

²⁷² Vgl. dazu vorstehend Rz. 76 ff.

²⁷³ BGE 139 III 236, 239; BGE 137 III 631, 633; BGE 135 III 40, 43; BGE 134 III 366, 377 [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 937]; BGE 129 III 683, 688; BGer v. 19.01.2017, 5A_520/2016, Erw. 2.1.

²⁷⁴ BGE 139 III 236, 239; BGE 137 III 631, 634; BGE 137 III 570, 573; BGE 135 III 40, 43; BGE 134 III 366, 377 [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 937]; BGer v. 19.01.2017, 5A_520/2016, Erw. 2.1; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1.

²⁷⁵ BGer v. 19.01.2017, 5A_520/2016, Erw. 2.2.

²⁷⁶ BGE 139 III 236, 239; BGE 137 III 570, 573; BGE 135 III 40, 44; BGer v. 19.01.2017, 5A_520/2016, Erw. 2.1.

²⁷⁷ Das Bundesgericht hat mit Bezug auf diese ausländischen Insolvenzverwaltern verwehrt Befugnisse unter anderem auf die «Beschränkung der Prozessführungsbefugnis» verwiesen (BGE 139 III 236, 239).

²⁷⁸ BGE 137 III 631, 633; JdT 1993 II 125, 127 [SJ 1991 592, Erw. 2.c].

²⁷⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 65.

²⁸⁰ Vgl. dazu nachstehend Rz. 91.

²⁸¹ Vgl. dazu nachstehend Rz. 92.

²⁸² BGE 139 III 236, 238 f.; BGE 137 III 631, 634; BGE 135 III 40, 44; BGE 134 III 366, 375 [Pra 97 [2008] Nr. 144, S. 935]; BGE 129 III 683, 688; BGer v. 19.01.2017, 5A_520/2016, Erw. 2.1; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1; JdT 1993 II 125, 127 [SJ 1991 592, Erw. 2.b].

²⁸³ Vgl. dazu nachstehend Rz. 93 f.

Voraussetzungen erfüllt sind.²⁸⁴ Gemäss einem neueren bundesgerichtlichen Entscheid steht einem ausländischen Insolvenzverwalter zudem die Prozessführungsbefugnis zur klageweisen Geltendmachung von bestrittenen Forderungen zu, sofern im Sekundärkonkursverfahren keine Gläubiger vorhanden sind und daher weder ein Beschluss über das Schicksal der bestrittenen Forderungen noch eine Abtretung derselben durch abtretungsberechtigte Gläubiger verlangt werden kann.²⁸⁵

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass es einem ausländischen Insolvenzverwalter ebenso verwehrt ist, ein Arrestverfahren nach Art. 271 ff. SchKG einzuleiten, soweit in der Schweiz gelegene, dem ausländischen Gemeinschuldner zustehende Aktiven betroffen sind.²⁸⁶ Ein solches Sicherungsverfahren kann nur nach der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes im Rahmen eines Sekundärkonkursverfahrens durch die Sekundärkonkursmasse anhängig gemacht werden.²⁸⁷

²⁸⁴ BGE 139 III 236, 238 f.; BGE 137 III 631, 634; BGE 135 III 40, 44; BGE 134 III 366, 375 [Pra 97 [2008] Nr. 144, S. 935]; BGE 129 III 683, 688; BGer v. 19.01.2017, 5A_520/2016, Erw. 2.1; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1; JdT 1993 II 125, 127 [SJ 1991 592, Erw. 2.b]. In diversen bundesgerichtlichen Entscheiden wurde darauf verwiesen, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter *andere Rechtshandlungen* nicht vornehmen könne (vgl. BGE 134 III 366, 375 [Pra 97 [2008] Nr. 144, S. 935]; BGE 129 III 683, 688; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1. Vgl. auch JdT 1993 II 125, 127 [SJ 1991 592, Erw. 2.b]).

²⁸⁵ BGE 137 III 374, 377 (vgl. dazu nachstehend Rz. 95 ff.). Dieser Entscheid wurde in der Aufzählung der ausländischen Insolvenzverwaltern zustehenden (Prozessführungs-)Befugnisse in BGE 139 III 236, 238 f. sowie BGE 137 III 631, 634 anscheinend nicht berücksichtigt.

²⁸⁶ Im Ergebnis wohl gl.A. Hunkeler-MEIER-DIETERLE, Art. 271 N 2a (aber ohne Einschränkung auf in der Schweiz gelegene Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners); BRUNNER, Bundesgericht, S. 58; THEUS SIMONI, Konkursverwalter, S. 341. Vgl. auch BGE 102 III 71, 74, der vor Inkrafttreten des IPRG ergangen ist. Der Entscheid thematisiert die Frage des Anspruches auf Verarrestierung von Bankguthaben des ausländischen Gemeinschuldners (auf Begehren des ausländischen Insolvenzverwalters hin) und ist folglich auf die Frage der Prozessführungsbefugnis des ausländischen Insolvenzverwalters zwecks Einleitung eines Arrestverfahrens zur Sicherung von fälligen Forderungen des ausländischen Gemeinschuldners gegenüber einem seiner Schuldner (und damit hinsichtlich der Verarrestierung z.B. von Bankguthaben eines Schuldners des Gemeinschuldners) nicht direkt anwendbar.

²⁸⁷ Vgl. aber den Hinweis in Arroyo-BÜHLER/CARTIER, Recognition and Enforcement of Awards N 166, dass einzelne kantonale Gerichte ausländischen Insolvenzverwaltern die

II. Prozessführungsbefugnis im Rahmen des 11. Kapitels des IPRG

- ⁹⁰ Das Bundesgericht hatte mehrfach Gelegenheit, sich zur Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG zu äussern.²⁸⁸ Im Zuge seiner Rechtsprechung hat das Bundesgericht gewisse prozessuale Befugnisse als von der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters erfasst anerkannt.²⁸⁹ Zudem ist ein ausländischer Insolvenzverwalter im Rahmen der Art. 166 ff. IPRG in weiteren Konstellationen zur Prozessführung vor schweizerischen Gerichten befugt.²⁹⁰

1. Anerkannte Prozessführungsbefugnis gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung

A. Antrag auf Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes

- ⁹¹ Ein ausländischer Insolvenzverwalter ist befugt, die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes bei dem nach Art. 167 IPRG zuständigen Gericht zu beantragen (Art. 166 Abs. 1 IPRG).²⁹¹

B. Antrag auf Erlass sichernder Massnahmen

- ⁹² Einem ausländischen Insolvenzverwalter steht zudem vom Zeitpunkt der Beantragung der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes an²⁹²

Befugnis zur Einreichung eines Arrestbegehrens (z.B. bei Vorliegen eines ausländischen Entscheides oder Schiedsspruches) zuerkennen.

²⁸⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 87 f.

²⁸⁹ Vgl. dazu nachstehend im Detail Rz. 91 ff.

²⁹⁰ Vgl. dazu nachstehend im Detail Rz. 101 ff.

²⁹¹ Vgl. BGE 139 III 236, 238; BGE 137 III 631, 634; BGE 134 III 366, 375 ff. [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 935 ff.]; BGE 130 III 620, 629; BGE 129 III 683, 688; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1; JdT 1993 II 125, Erw. 2.b [SJ 1991 592, Erw. 2.b].

²⁹² BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 168 N 3; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 168 N 1.

die Prozessführungsbefugnis zu, den Erlass sichernder Massnahmen nach Art. 162–165 und Art. 170 SchKG zu beantragen (Art. 168 IPRG).²⁹³

C. Erheben von paulianischen Anfechtungsklagen

Nach der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes und der Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens in der Schweiz kann der ausländische Insolvenzverwalter befugt sein, eine paulianische Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG zu erheben (Art. 171 IPRG).²⁹⁴ Die Prozessführungsbefugnis zur Erhebung einer solchen Klage steht dem ausländischen Insolvenzverwalter jedoch nur in dritter bzw. letzter Position zu. Im Sinne einer Kaskade sind primär das schweizerische Konkursamt bzw. die Sekundärkonkursmasse und sekundär etwaige Abtretungsgläubiger²⁹⁵ (vgl. Art. 172 Abs. 1 sowie Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 260 SchKG) befugt, Prozesse über paulianische Anfechtungsansprüche zu führen; erst in dritter Linie verfügt der ausländische Insolvenzverwalter über eine entsprechende Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung.²⁹⁶ Ein etwaiger Erlös eines durch den ausländischen Insolvenzverwalter geführten Anfechtungsprozesses fliesst nach Anerkennung des ausländischen Kollokationsplanes (vgl. Art. 173 Abs. 2 und 3 IPRG)²⁹⁷ direkt in die ausländische Insolvenzmasse.²⁹⁸ Diesfalls entfällt somit das Vorabbefriedigungsrecht von Gläubigern nach Art. 172 Abs. 1 IPRG.²⁹⁹ Die bevorrechtigten Gläubiger geben mit dem Ver-

²⁹³ Vgl. BGE 139 III 236, 238; BGE 137 III 631, 634; BGE 134 III 366, 375 ff. [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 935 ff.]; BGE 129 III 683, 688; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1; JdT 1993 II 125, Erw. 2.b [SJ 1991 592, Erw. 2.b].

²⁹⁴ Vgl. BGE 139 III 236, 238 f.; BGE 137 III 631, 634; BGE 137 III 374, 377; BGE 135 III 666, 667 f.; BGE 135 III 40, 44; BGE 134 III 366, 375 ff. [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 935 ff.]; BGE 129 III 683, 688; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1; JdT 1993 II 125, Erw. 2.b [SJ 1991 592, Erw. 2.b].

²⁹⁵ Vgl. zur Frage der Zulässigkeit einer Abtretung von Rechtsansprüchen nach Art. 260 SchKG an einen Pfandgläubiger nach Art. 172 Abs. 1 IPRG im Sekundärkonkursverfahren: BGE 138 III 628, 631 ff. [Pra 102 [2013] Nr. 27, S. 207 ff.] (siehe zu diesem Entscheid auch MABILLARD, Urteilscommentar 2013, S. 48).

²⁹⁶ BGE 137 III 374, 376. Vgl. auch BGE 139 III 236, 238 f.; BGE 137 III 631, 634; BGE 135 III 666, 667 f.; BGE 135 III 40, 44.

²⁹⁷ BGE 137 III 374, 378 f. Der ausländische Insolvenzverwalter klagt somit auf eigene Gefahr und übernimmt damit auch das Risiko, dass die Verteilungsfolgen gemäss Art. 174 Abs. 1 IPRG eintreten, wenn der Kollokationsplan nicht anerkannt werden kann (BGE 137 III 374, 378 f.).

²⁹⁸ Vgl. BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 171 N 10.

²⁹⁹ Vgl. BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 171 N 10.

zicht auf die Geltendmachung des Anspruches auch ihr Recht auf eine bevorrechtigte Befriedigung preis. Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, dass im Falle des Vorhandenseins bevorrechtigter Gläubiger im Sekundärkonkursverfahren in erster Linie das Prozess- und Kostenrisiko auf die ausländische Insolvenzmasse überwälzt würde, unter Umständen aber nicht das Recht auf Befriedigung (namentlich, wenn nach der Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger kein Überschuss zuhanden der ausländischen Insolvenzmasse verbliebe). Dies kann jedoch insbesondere auch unter Berücksichtigung von Art. 260 Abs. 2 SchKG nicht Sinn der Regelung von Art. 171 IPRG sein.

- 94 Als Folge dessen, dass das Sekundärkonkursverfahren auf in der Schweiz gelegene Vermögenswerte beschränkt ist, erfasst die Sekundärkonkursmasse nach Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 200 SchKG ausschliesslich Anfechtungsansprüche, die in der Schweiz lokalisiert sind.³⁰⁰ Mit der wohl herrschenden Lehre³⁰¹ ist für die Lokalisierung von Anfechtungsansprüchen in der Schweiz (und die diesbezügliche Anwendung von Art. 171 IPRG) – nebst der Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für eine Anfechtungsklage gegen den Anfechtungsschuldner (Art. 171 IPRG i.V.m. Art. 289 SchKG)³⁰² – massgebend, dass für den Fall eines gutheissenden Anfechtungsurteils eine Vollstreckungsmöglichkeit in auf schweizerischem Territorium gelegene Vermögenswerte besteht.³⁰³ Vor schweizerischen Gerichten können zudem ausschliesslich paulianische Anfechtungsklagen gestützt auf schweizerisches Recht erhoben werden.³⁰⁴

³⁰⁰ BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 171 N 4.

³⁰¹ Vgl. für eine Übersicht über die Lehrmeinungen: CR LP-KAUFMANN-KOHLER/SCHÖLL, Art. 171 LDIP N 7 ff.; GEHRI/KOSTKIEWICZ, S. 218 f.; THEUS SIMONI, Konkursverwalter, S. 349 ff.; WALTHER, Paulianische Anfechtungsansprüche, S. 98 ff.

³⁰² BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 171 N 5.

³⁰³ Vgl. BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 171 N 5; GEHRI/KOSTKIEWICZ, S. 218; THEUS SIMONI, Konkursverwalter, S. 349 f.; WALTHER, Paulianische Anfechtungsansprüche, S. 99 f.

³⁰⁴ JUCKER, S. 406; WALTHER, Paulianische Anfechtungsansprüche, S. 91 f. Vgl. auch BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 171 N 5 sowie N 12; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 171 N 3. Vgl. zur fehlenden Möglichkeit der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer insolvenznaher Entscheide in der Schweiz nachstehend Rz. 140.

D. Klageweise Geltendmachung bestrittener Forderungen bei Fehlen kollozierter Gläubiger

Im Rahmen der bereits erwähnten Rechtsprechung³⁰⁵ verweist das Bundesgericht wiederholt darauf, dass ausländische Insolvenzverwalter «einzig»³⁰⁶ befugt seien, «die Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes sowie den Erlass sichernder Massnahmen [...] und – nach erfolgter Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes in der Schweiz – gestützt auf Art. 171 IPRG Anfechtungsansprüche gemäss den Artikeln 285–292 SchKG einzuklagen, sofern das schweizerische Konkursamt und die kollozierten Gläubiger darauf verzichtet haben»³⁰⁷. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat jedoch unter eingeschränkten Voraussetzungen auch die klageweise Geltendmachung von bestrittenen Forderungen durch ausländische Insolvenzverwalter zugelassen.³⁰⁸ Dies gerät als Folge der zu restriktiven bundesgerichtlichen Erwägungen häufig in Vergessenheit.³⁰⁹

Unbestrittene Forderungen des ausländischen Gemeinschuldners werden im Sekundärkonkursverfahren grundsätzlich von dem für die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens zuständigen schweizerischen Konkursamt eingezogen (Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 243 Abs. 1 SchKG).³¹⁰ Dabei hat das Konkursamt fällige Forderungen, die dem Gemeinschuldner zustehen und die von einem Drittschuldner auf eine Zahlungsaufforderung hin weder

³⁰⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 88.

³⁰⁶ BGE 139 III 236, 238. So wird auch in BGE 137 III 631, 634, allerdings mit dem Begriff «ausschliesslich», in BGE 134 III 366, 375, mit dem Begriff «uniquement» sowie in BGE 129 III 683, 688, mit dem Begriff «nur» der Eindruck der Ausschliesslichkeit der genannten Befugnisse ausländischer Insolvenzverwalter im Anwendungsbereich der Art. 166 ff. IPRG erweckt.

³⁰⁷ BGE 139 III 236, 238 f. Vgl. auch BGE 137 III 631, 634; BGE 134 III 366, 375 ff. [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 936 ff.]; BGE 129 III 683, 688; JdT 1993 II 125, Erw. 2.b [SJ 1991 592, Erw. 2.b]. Vgl. dazu auch schon vorstehend Rz. 88.

³⁰⁸ BGE 137 III 374, 377 f. Vgl. auch BGE 138 III 628, 631 f. [Pra 102 (2013) Nr. 27, S. 207 f.].

³⁰⁹ So z.B. bei BRUNNER, Bundesgericht, S. 58; COURVOISIER, 2013/2014, S. 214; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 252 f.; MEIER/GIUDICI, S. 17; RODRIGUEZ, Zuständigkeiten, Rz. 205 sowie FN 409; Vgl. auch Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 170 N 3. Anders hingegen RODRIGUEZ, Rechtsvergleichende Betrachtungen, S. 407, der auf die durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zuerkannte Befugnis ausländischer Insolvenzverwalter zur klageweisen Geltendmachung bestrittener Forderungen bei Fehlen kollozierter Gläubiger ausdrücklich verweist.

³¹⁰ Vgl. BGE 137 III 374, 376.

bezahlt noch ausdrücklich bestritten werden, im Namen der Sekundärkonkursmasse in Betreuung zu setzen (vgl. Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 243 Abs. 1 SchKG) und für den Fall, dass kein Rechtsvorschlag erfolgt, eine Fortsetzung der Betreuung zu verlangen.³¹¹

- 97 Bei *bestrittenen Forderungen* hingegen hört das Konkursamt die Gläubiger (in Analogie zum summarischen Konkursverfahren nach Art. 231 SchKG) auf dem Zirkularweg an.³¹² Verzichtet die Gläubigergesamtheit auf die Durchsetzung der bestrittenen Forderungen, kann nach der Rechtsprechung «jeder einzelne Gläubiger die Abtretung der betreffenden Rechtsansprüche gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG verlangen»³¹³.
- 98 Unklar und in der Lehre lange umstritten war jedoch,³¹⁴ wie bestrittene Forderungen zu behandeln seien, falls das zuständige Konkursamt die betreffenden Ansprüche nicht verwertet und keine Gläubiger im Sekundärkonkursverfahren vorhanden sind, die eine Abtretung im Sinne von Art. 260 SchKG verlangen könnten.
- 99 In einem wegweisenden Entscheid hat das Bundesgericht diesbezüglich festgestellt, dass bei einem Fehlen von jeglichen Gläubigern, welche die Abtretung verlangen könnten, weder ein Beschluss über das Schicksal der bestrittenen Forderungen gefällt noch eine Abtretung derselben verlangt werden könne.³¹⁵ Zudem bestehe für das Konkursamt grundsätzlich (und insbesondere) aufgrund des einzugehenden Prozess- und Kostenrisikos kein Anlass zur klageweisen Durchsetzung der bestrittenen Rechtsansprüche.³¹⁶ Demgegen-

³¹¹ Vgl. in Bezug auf schweizerische (Haupt-)Konkursverfahren: Hunkeler-BÜRGI, Art. 243 N 2; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Art. 243 N 2; CR LP-JEANDIN/FISCHER, Art. 243 LP N 3; BSK SchKG II-RUSSENBERGER, Art. 243 N 6.

³¹² Vgl. BGE 137 III 374, 376.

³¹³ Vgl. BGE 137 III 374, 376. Aus den weiteren Ausführungen im Entscheid ergibt sich, dass mit der Umschreibung «jeder einzelne Gläubiger», die im Sekundärkonkursverfahren «kollozierten Gläubiger» gemeint sind (BGE 137 III 374, 376). Diesbezüglich hat das Bundesgericht in der Zwischenzeit präzisiert, dass eine Abtretung von Rechtsansprüchen nach Art. 260 SchKG an Pfandgläubiger i.S.v. Art. 172 Abs. 1 lit. a IPRG nur ausnahmsweise und unter eingeschränkten Voraussetzungen möglich ist (BGE 138 III 628, 631 [Pra 102 [2013] Nr. 27, S. 207]; vgl. dazu schon vorstehend FN 295).

³¹⁴ Vgl. z.B. CR LP-JEANNERET/CARRON, Art. 260 LP N 55 f.; CR LP-KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Art. 170 LDIP N 20; THEUS SIMONI, Konkursverwalter, S. 353; WÜTHRICH, Rz. 8.

³¹⁵ BGE 137 III 374, 377.

³¹⁶ BGE 137 III 374, 377.

über könne ein ausländischer Insolvenzverwalter, welcher die Interessen der Gläubigergesamtheit des Hauptinsolvenzverfahrens vertritt, an einer Rechtsdurchsetzung in der Schweiz interessiert sein.³¹⁷ Da in dieser Konstellation auch keine zu schützenden inländischen Gläubiger vorhanden seien, sind aus Sicht des Bundesgerichtes keine Gründe erkennbar, aus denen eine bestrittene Forderung nicht an den ausländischen Insolvenzverwalter abgetreten werden sollte.³¹⁸ Dieses Vorgehen sei auch im Interesse der nicht-privilegierten schweizerischen Gläubiger (d.h. der Gläubiger nach Art. 219 Abs. 4 *Dritte Klasse* SchKG mit [Wohn-]Sitz in der Schweiz), die nicht am Sekundärkonkursverfahren, jedoch am ausländischen Insolvenzverfahren teilnehmen dürfen.³¹⁹

Bestrittene Forderungen können daher an den ausländischen Insolvenzverwalter nach Art. 260 SchKG abgetreten werden, sofern das Konkursamt resp. die Sekundärkonkursmasse auf eine gerichtliche Geltendmachung verzichtet haben³²⁰, im Sekundärkonkursverfahren keine kollozierten Gläubiger vorhanden sind und somit weder ein Beschluss über das Schicksal der bestrittenen Forderungen ergehen noch eine Abtretung der Forderungen an abtretungsberechtigte Gläubiger verlangt werden kann. Entsprechend kommt dem ausländischen Insolvenzverwalter subsidiär die Prozessführungsbefugnis zur klageweisen Geltendmachung dieser Forderungen zu. ¹⁰⁰

2. Andere Anwendungsfälle der Prozessführungsbefugnis

A. Antrag auf Anerkennung ausländischer Kollokationspläne

Ein etwaiger Aktivenüberschuss aus dem Sekundärkonkursverfahren darf ¹⁰¹ dem ausländischen Insolvenzverwalter nur zur Verfügung gestellt werden, sofern der ausländische Kollokationsplan in der Schweiz gerichtlich aner-

³¹⁷ BGE 137 III 374, 377.

³¹⁸ BGE 137 III 374, 377 f.

³¹⁹ BGE 137 III 374, 378. Vgl. auch BGE 138 III 628, 631 f. [Pra 102 (2013) Nr. 27, S. 207 f.].

³²⁰ Vgl. dazu auch RODRIGUEZ, Rechtsvergleichende Betrachtungen, S. 407.

kannt worden ist (Art. 173 Abs. 2 IPRG).³²¹ Dem ausländischen Insolvenzverwalter steht diesbezüglich die Antragsbefugnis zu.³²²

B. Klageweise Geltendmachung bestrittener Forderungen mangels einer Abtretung

- ¹⁰² Die zuvor erwähnte Rechtsprechung,³²³ die einem ausländischen Insolvenzverwalter die Prozessführungsbefugnis zur klageweisen Geltendmachung bestrittener Forderungen bei Fehlen jeglicher kollozierter Gläubiger zuerkannt hat, muss konsequenterweise auf Fälle ausgedehnt werden, bei denen in einem Sekundärkonkursverfahren zwar abtretungsberechtigte Gläubiger vorhanden sind, aber kein Gläubiger eine Abtretung eines bestrittenen Rechtsanspruches nach Art. 260 SchKG verlangt.³²⁴ In diesem Fall ist es, wie bei Fehlen kollozierter Gläubiger, gerechtfertigt, dem ausländischen Insolvenzverwalter die Prozessführungsbefugnis für die klageweise Geltendmachung bestrittener Forderungen nach Art. 260 SchKG zu übertragen, besteht doch kein zu schützendes bevorrechtigtes Gläubigerinteresse mehr. Die gegenteilige Ansicht würde bedeuten, dass die fraglichen Ansprüche überhaupt nicht durchgesetzt werden könnten und sie den Gläubigern, die ihre Forderungen im ausländischen Hauptinsolvenzverfahren angemeldet haben, definitiv verloren gingen; eine Art «rechtsdurchsetzungsfreier Raum»³²⁵ wäre die Folge.³²⁶

C. Erheben von betreibungsrechtlichen Beschwerden

- ¹⁰³ Im Anwendungsbereich des SchKG kann grundsätzlich gegen Verfügungen der Zwangsvollstreckungsorgane wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit sowie wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung bei der zuständigen Aufsichtsbehörde Beschwerde geführt werden (Art. 17 Abs. 1 sowie Abs. 3 SchKG).

³²¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 68.

³²² CR LDIP-BRACONI, Art. 173 N 12; BSK IPRG-BÜRGI, Art. 173 N 5; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 173–174 N 6; CR LP-KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Art. 173 LDIP N 6.

³²³ BGE 137 III 374, 377 f. Vgl. dazu vorstehend Rz. 99 f.

³²⁴ GLA. RODRIGUEZ, Rechtsvergleichende Betrachtungen, S. 407.

³²⁵ So die Wortwahl in BGE 137 III 374, 378.

³²⁶ Vgl. die Überlegungen bezüglich der vorstehend in Rz. 99 f. dargestellten Situation, die auch vorliegend einschlägig sind.

Zur Beschwerdeführung nach Art. 17 SchKG ist legitimiert³²⁷, wer durch die angefochtene Verfügung eines Zwangsvollstreckungsorgans bzw. durch Rechtsverweigerung oder -verzögerung in seinen rechtlichen oder zumindest tatsächlichen Interessen betroffen und dadurch beschwert ist und deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder der Abänderung der Verfügung bzw. an der Anordnung einer solchen hat.³²⁸ 104

In diesem Sinne ist auch ein ausländischer Insolvenzverwalter zur Beschwerdeerhebung nach Art. 17 SchKG gegen Verfügungen des für die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens zuständigen schweizerischen Konkursamtes bzw. wegen Rechtsverweigerung oder -verzögerung legitimiert,³²⁹ soweit durch die angefochtene Verfügung resp. die Unterlassung seine tatsächlichen oder rechtlich geschützten Interessen bzw. jene der ausländischen Insolvenzmasse betroffen sind.³³⁰ In einem neueren Entscheid hat nun auch das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation eines ausländischen Insolvenzverwalters in einem Sekundärkonkursverfahren bestätigt (hingegen erfolgten keine Ausführungen zur Prozessführungsbefugnis).³³¹ 105

³²⁷ Die Definition des Begriffes der «Legitimation» im Rahmen von Art. 17 SchKG entspricht in etwa jener des Verwaltungsrechts (MEIER, *Verwaltungsverfahren*, S. 81; vgl. zur verwaltungs- und staatsrechtlichen Legitimation: Art. 48 VwVG sowie Art. 89 BGG). Dies hat zur Konsequenz, dass die Legitimation im Rahmen von Art. 17 SchKG rein prozessualen Charakter hat. Fehlt in einem Verwaltungs(gerichts)verfahren einer Partei die Legitimation, die wie die Prozessführungsbefugnis eine Prozessvoraussetzung darstellt (vgl. BGE 139 III 504, 507 [Pra 103 [2014] Nr. 48, S. 367]), dann ergeht ein Nichteintretensentscheid (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 939).

³²⁸ Vgl. BGE 138 III 628, 630 [Pra 102 (2013) Nr. 27, S. 206]; BGE 129 III 595, 597.

³²⁹ Hingegen kommt einem ausländischen Insolvenzverwalter auch nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes keine Legitimation zur Beschwerdeführung nach Art. 17 SchKG in einem schweizerischen *Hauptkonkursverfahren*, d.h. in einem Drittverfahren, in dem z.B. eine Forderung der ausländischen Insolvenzmasse durch die schweizerische Sekundärkonkursmasse im Rahmen des Sekundärkonkursverfahrens angemeldet wurde, zu. Denn ausschliesslich die Sekundärkonkursmasse ist legitimiert, eine betreibungsrechtliche Beschwerde gegen eine Verfügung oder Unterlassung des das schweizerische Hauptkonkursverfahren durchführenden Zwangsvollstreckungsorgans zu erheben.

³³⁰ Vgl. CR LDIP-BRACONI, Art. 172 N 16; JAKES, S. 83; STAEHELIN, *Anerkennung*, S. 142 f.; THEUS SIMONI, *Konkursverwalter*, S. 348. Im Ergebnis wohl auch BSK IPRG-BÜRGI, Art. 170 N 14. Vgl. zur Beschwerdelegitimation eines ausländischen Insolvenzverwalters auch BRACONI, S. 165.

³³¹ BGE 138 III 628, 630 [Pra 102 (2013) Nr. 27, S. 206 f.]. Im Ergebnis wohl auch BGer v. 14.11.2011, 5A_543/2011, Erw. 2.1 f. [Pra 101 (2012) Nr. 52, S. 363 ff.]. Es

- ¹⁰⁶ Von der Legitimation eines ausländischen Insolvenzverwalters zur Beschwerdeerhebung nach Art. 17 SchKG zu unterscheiden ist dessen Prozessführungsbefugnis³³². Wird die Legitimation eines ausländischen Insolvenzverwalters bejaht, kann daraus grundsätzlich auf die Befugnis des ausländischen Insolvenzverwalters geschlossen werden, in eigenem Namen über den Anspruch auf Aufhebung oder Abänderung bzw. dem Erlass einer Verfügung ein (Beschwerde-)Verfahren zu führen.

D. Ausländischer Insolvenzverwalter als Beklagter/Gesuchsgegner

- ¹⁰⁷ Die Art. 166 ff. IPRG bezwecken in erster Linie den Schutz der Interessen inländischer Gläubiger.³³³ Mit diesem Zweck wird im Ergebnis auch die Beschränkung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter bei *Aktivprozessen* vor schweizerischen Gerichten, die in der Schweiz gelegene Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners zum Gegenstand haben,³³⁴ begründet.³³⁵ Bei *Passivprozessen* (d.h. Verfahren, in denen der ausländische Insolvenzverwalter Beklagter resp. Gesuchsgegner ist) ist hingegen aufgrund der konkreten Verhältnisse, die Anlass zum gegenständlichen Gerichtsverfahren geben, zu differenzieren.³³⁶
- ¹⁰⁸ Besteht ein enger sachlicher Zusammenhang des mit dem Verfahren vor einem schweizerischen Gericht verfolgten Zwecks zu Bestrebungen des ausländischen Insolvenzverwalters, in der Schweiz gelegene Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners in die ausländische Insolvenzmasse einzubeziehen, dann ist einem ausländischen Insolvenzverwalter die Prozessführungsbefugnis auch in seiner Parteistellung als Beklagter abzusprechen.³³⁷ Die passive Prozessführungsbefugnis muss einem ausländischen Insolvenzverwalter zudem dann abgesprochen werden, wenn durch den Verfahrensausgang auf schweizerischem Territorium gelegene Vermögenswerte

bestehen zudem auch ausserhalb der Art. 166 ff. IPRG Konstellationen, bei denen der ausländische Insolvenzverwalter betreibungsrechtliche Beschwerde erheben kann (vgl. BGer v. 28.03.2013, 5A_665/2012).

³³² Vgl. diesbezüglich RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz. 864.

³³³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60.

³³⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 87.

³³⁵ Vgl. BGE 139 III 236, 239; BGE 137 III 570, 574.

³³⁶ Vgl. BGE 139 III 236, 242 ff.

³³⁷ Vgl. BGE 139 III 236, 242 ff.

des ausländischen Gemeinschuldners beeinträchtigt resp. vermindert werden könnten. Denn ein ausländischer Insolvenzverwalter ist hinsichtlich solcher Vermögenswerte in der Schweiz grundsätzlich (d.h. mit Ausnahme der ihm durch das Gesetz und die Rechtsprechung zugesprochenen Befugnisse) nicht handlungsbefugt.³³⁸ Darüber hinaus könnte in der Schweiz gelegenes Haftungssubstrat für mögliche bevorrechtigte inländische Forderungen (Art. 172 Abs. 1 IPRG) sowie unter Umständen für inländische Drittklassforderungen (vgl. Art. 174 Abs. 1 IPRG) verloren gehen.³³⁹

Sind hingegen von einem Gerichtsverfahren keine inländischen Aktiven des ausländischen Gemeinschuldners erfasst resp. liegt keine der soeben dargestellten Konstellationen vor, kann durch eine Passivprozesskonstellation der Bestand des in der Schweiz gelegenen Haftungssubstrats des ausländischen Insolvenzverfahrens weder direkt noch indirekt beeinträchtigt werden. In diesem Fall wäre einem ausländischen Insolvenzverwalter somit die passive Prozessführungsbefugnis zuzuerkennen. Im Übrigen müsste einem ausländischen Insolvenzverwalter als beklagte Partei die Prozessführungsbefugnis zuerkannt werden, wenn und soweit es im betreffenden Verfahren um die formelle Frage des Vorliegens seiner Prozessführungsbefugnis und damit um die Frage des Eintretens auf die Klage geht.³⁴⁰

Erhebt hingegen ein ausländischer Insolvenzverwalter im Rahmen eines Verfahrens, bei dem ihm die Prozessführungsbefugnis als beklagte Partei zuzusprechen ist, eine Widerklage, ist auf diese nicht einzutreten, falls die Widerklage in der Schweiz gelegene Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners zum Gegenstand hat oder ein enger sachlicher Zusammenhang zu den Bestrebungen des ausländischen Insolvenzverwalters be-

³³⁸ Im Ergebnis: BGE 139 III 236, 238 f.; BGE 137 III 570, 572 f.; BGE 135 III 40, 44; BGE 129 III 683, 688; BG v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1; JdT 1993 II 125, Erw. 2.b [SJ 1991 592, Erw. 2.b]. Vgl. auch Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 166 N 17; GEHRI/KOSTKIEWICZ, S. 204 ff.; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 250 ff.; OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 339; OBERHAMMER, Urteilsbesprechung, S. 431 ff.

³³⁹ Z.B. bei Klagen im Zusammenhang mit der Rückabwicklung von Verträgen, bei deren Gutheissung es zu einer Herausgabe von in der Schweiz gelegenen Vermögenswerten des ausländischen Gemeinschuldners an den klagenden Dritten kommen könnte, während die Rückerstattung einer etwaigen Gegenleistung durch den klagenden Dritten direkt in die ausländische Insolvenzmasse fliessen würde.

³⁴⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 26.

steht, in der Schweiz gelegene Vermögenswerte des Gemeinschuldners an die ausländische Insolvenzmasse abzuführen.³⁴¹

E. Erheben von Rechtsmitteln

- 111 Die Parteien eines vorinstanzlichen Verfahrens sind – sofern die jeweiligen Rechtsmittelvoraussetzungen³⁴² erfüllt sind – legitimiert, ein Rechtsmittel gegen ein rechtsmittelfähiges Anfechtungsobjekt zu erheben.³⁴³ Die Rechtsmittellegitimation ist ebenfalls eine Prozessvoraussetzung.³⁴⁴
- 112 Sofern ein ausländischer Insolvenzverwalter im vorinstanzlichen Verfahren die Stellung einer prozessführungsbefugten Hauptpartei hatte, ist dieser auch legitimiert und prozessführungsbefugt ein Rechtsmittel gegen einen anfechtbaren Entscheid zu erheben.³⁴⁵ Stellt sich im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens heraus, dass dem ausländischen Insolvenzverwalter im vorinstanzli-

³⁴¹ Diese Situation lag BGE 139 III 236 zugrunde, wobei dem ausländischen Insolvenzverwalter schon im Hauptklageverfahren die aktive Prozessführungsbefugnis abgesprochen wurde (BGE 137 III 631, 635 f.). Die Prozessführungsbefugnis des ausländischen Insolvenzverwalters für die Widerklage wurde ebenfalls verneint, da die Widerklage «eine untrennbare Folge des unzulässigen Versuchs der Parteien» darstellte, eine in der Schweiz gelegene Liegenschaft dem ausländischen Insolvenzverfahren zuzuführen und die Widerklage daher «in engem Zusammenhang zu dem in der Schweiz gelegenen Schuldnervermögen» stand (BGE 139 III 236, 242 f.).

³⁴² Dies sind analog zu den vor der ersten Instanz nach Art. 59 Abs. 2 ZPO zu erfüllenden Prozessvoraussetzungen, diejenigen Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit die Rechtsmittelinstanz auf ein erhobenes Rechtsmittel eintreten kann (BK ZPO II-STERCHI, Vorbemerkungen zu Art. 308 N 15).

³⁴³ Vgl. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-REETZ, Vorbemerkungen zu den Art. 308–318 N 35; BK ZPO II-STERCHI, Vorbemerkungen zu Art. 308 N 19; MEIER, ZPR, S. 502; SEILER, Berufung, Rz. 86; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 25 Rz. 30.

³⁴⁴ BGE 139 III 504, 507 [Pra 103 (2014) Nr. 48, S. 367 f.].

³⁴⁵ Eine solche Konstellation lag BGE 141 III 222 zugrunde. In diesem Entscheid ging es um die Verweigerung der durch den ausländischen Insolvenzverwalter beantragten Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes nach Art. 166 Abs. 1 IPRG. Für den Anerkennungsantrag steht dem ausländischen Insolvenzverwalter die Prozessführungsbefugnis zu (vgl. dazu vorstehend Rz. 91). Die durch den ausländischen Insolvenzverwalter gegen den Abweisungsentscheid erhobene Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zug wurde abgewiesen. In der Folge erhob der ausländische Insolvenzverwalter Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und verlangte unter anderem die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sowie die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes. Vgl. für eine ähnliche Konstellation: BGE 126 III 101 [Pra 90 (2001) Nr. 53].

chen Verfahren ungerechtfertigterweise die Prozessführungsbefugnis zuerkannt wurde, hat das Rechtsmittelgericht das Rechtsmittel gutzuheissen, den vorinstanzlichen Entscheid aufzuheben und durch einen Nichteintretensentscheid zu ersetzen (z.B. Nichteintreten auf eine Klage aus Anlass des Rechtsmittels).

Zudem muss einem ausländischen Insolvenzverwalter dann die Prozessführungsbefugnis zur Einlegung eines Rechtsmittels zuerkannt werden, wenn und soweit es schon im vorinstanzlichen Verfahren um die formelle Frage des Vorliegens seiner Prozessführungsbefugnis ging und ihm diese abgesprochen wurde.³⁴⁶ 113

F. Antrag auf Vollstreckbarerklärung von ausländischen Entscheiden?

Als Folge des grundsätzlichen Fehlens von Rechtsverfolgungsbefugnissen ausländischer Insolvenzverwalter in der Schweiz, insbesondere der Befugnis Forderungen in Betreuung zu setzen,³⁴⁷ kann darauf geschlossen werden, dass ausländischen Insolvenzverwaltern im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG generell die Befugnis fehlt, die *Vollstreckung eines Entscheides eines schweizerischen Gerichtes* zu beantragen. Diese Befugnis steht lediglich der Sekundärkonkursmasse zu. 114

Differenzierter zu betrachten ist die Rechtslage, wenn ein ausländischer Insolvenzverwalter die *Vollstreckung* resp. die *Vollstreckbarerklärung eines ausländischen gerichtlichen Entscheides* in der Schweiz anstrebt, mit dem Ziel, in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners in die ausländische Insolvenzmasse einzubeziehen bzw. dieser 115

³⁴⁶ Dies war in BGE 137 III 631 (vgl. auch die nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Ausführungen zum Sachverhalt in BGer v. 26.10.2011, 4A_389/2011) der Fall. Das Verfahren behandelte die Frage, ob dem ausländischen Insolvenzverwalter die Prozessführungsbefugnis für eine Forderungsklage gegen einen Schuldner des ausländischen Gemeinschuldners zukommt. Nachdem die erste Instanz die Prozessführungsbefugnis bejahte, hob die zweite Instanz den erstinstanzlichen Entscheid auf. Gegen diesen Entscheid erhob der ausländische Insolvenzverwalter Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragte die Feststellung, «dass er zur Einreichung der [...] Forderungsklage legitimiert» sei (BGer v. 26.10.2011, 4A_389/2011, Sachverhalt C [nicht publizierte Ausführungen in BGE 137 III 631]).

³⁴⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 87.

zuzuführen.³⁴⁸ Nach Art. 1 Abs. 2 IPRG bleiben völkerrechtliche Verträge bei der Anwendung des IPRG vorbehalten. Fällt somit ein Antrag auf die Erteilung einer Vollstreckbarerklärung eines ausländischen gerichtlichen Entscheides in den Anwendungsbereich eines völkerrechtlichen Vertrages, dann geht dieser den Bestimmungen des IPRG zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von ausländischen Entscheiden in Zivilsachen (Art. 25 ff. IPRG) vor. Der im Bereich der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von ausländischen Zivilentscheiden wohl praktisch bedeutsamste Anwendungsfall dieses gesetzlichen Vorbehalts, insbesondere auch im Verhältnis zu den direkten Nachbarstaaten der Schweiz (mit Ausnahme Liechtensteins), ist das LugÜ, welches im Verhältnis zu den an dieses Übereinkommen gebundenen Staaten zur Anwendung kommt. Es ist somit zwischen der Vollstreckbarerklärung eines gerichtlichen Entscheides *unter Anwendung des LugÜ* sowie der Vollstreckbarerklärung eines gerichtlichen Entscheides *unter Anwendung des IPRG* zu unterscheiden.

a) Vollstreckbarerklärung unter Anwendung des LugÜ

aa) Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ

- 116 Im Grundsatz erfasst der sachliche Anwendungsbereich³⁴⁹ des LugÜ ausschliesslich Zivil- und Handelssachen unter Ausschluss von Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten (Art. 1 Abs. 1 LugÜ). Weitere Rechtsgebiete werden in Art. 1 Abs. 2 lit. a–d LugÜ ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgeschlossen, obwohl diese grundsätzlich unter den Begriff der Zivil- und Handelssache gefasst werden könnten.³⁵⁰ Der Begriff der Zivil- und Handelssache sowie

³⁴⁸ In der Praxis steht die Admassierung inländischer Vermögenswerte zuhanden der ausländischen Insolvenzmasse im Vordergrund. Aus diesem Grund wird nachstehend in erster Linie auf die Erteilung eines Exequatur (dessen notwendige Voraussetzung die Anerkennung des ausländischen Entscheides ist) eingegangen. Die Ausführungen gelten jedoch sinngemäss auch für die Beantragung der alleinigen Anerkennung eines ausländischen Entscheides durch einen ausländischen Insolvenzverwalter.

³⁴⁹ Hinsichtlich des räumlichen Anwendungsbereiches findet das LugÜ auf sämtliche gerichtlichen Entscheide Anwendung, die in einem durch das LugÜ gebundenen Staat erlassen worden sind (vgl. Art. 32 LugÜ). Vgl. für den zeitlichen Anwendungsbereich: Art. 63 LugÜ.

³⁵⁰ WALTER/DOMEJ, S. 183.

allgemein die in Art. 1 LugÜ verwendeten Begriffe sind staatsvertragsautonom auszulegen.³⁵¹

Mit Blick auf die Beteiligung eines ausländischen Insolvenzverwalters an einem Verfahren auf Vollstreckbarerklärung eines Entscheides aus einem LugÜ-Staat in der Schweiz sollen nachfolgend die möglicherweise relevanten Ausschlüsse vom sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ betrachtet werden.

i) Ausschluss öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten

Das LugÜ findet auf öffentlich-rechtliche Streitgegenstände, als Folge der Beschränkung des Regelungsbereiches des LugÜ auf Zivil- und Handelssachen, keine Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 LugÜ *e contrario*).³⁵² Bei der Prüfung, ob ein öffentlich-rechtlicher Streitgegenstand vorliegt, ist darauf abzustellen, ob in der Streitsache die Ausübung resp. Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse betroffen ist.³⁵³ Es kommt dabei auf die Natur des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses und nicht auf die rechtliche Natur der beteiligten Parteien an.³⁵⁴ Für die Ausübung hoheitlicher

³⁵¹ Vgl. EuGH v. 14.11.2002, Rs. C-271/00, *Gemeente Steenbergen/Luc Baten*, Rz. 28; EuGH v. 21.04.1993, Rs. C-172/91, *Volker Sonntag/Hans Waidmann et al.*, Rz. 18; EuGH v. 16.12.1980, Rs. C-814/79, *Niederländischer Staat/Reinhold Rüffer*, Rz. 7; EuGH v. 22.02.1979, Rs. C-133/78, *Henri Gourdain/Franz Nadler*, Rz. 3; EuGH v. 14.07.1977, Rs. C-9/77 sowie Rs. C-10/77, *Bavaria Fluggesellschaft Schwabe & Co. KG sowie Germanair Bedarfsluftfahrt GmbH & Co. KG/Europäische Organisation zur Sicherung der Luftfahrt Eurocontrol*, Rz. 7; EuGH v. 14.10.1976, Rs. C-29/76, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG gegen Eurocontrol*, Rz. 3 ff. Vgl. auch BGE 124 III 382, 395 [Pra 88 (1999) Nr. 24, S. 136 f.].

³⁵² Vgl. Schnyder-ACOCCELLA, Art. 1 N 6; Dasser/Oberhammer-DASSER, Art. 1 N 42; KROPHOLLER/VON HEIN, Art. 1 EuGVVO N 1; Rauscher I-MANKOWSKI, Art. 1 Brüssel Ia-VO N 1 sowie N 18; BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 43.

³⁵³ EuGH v. 21.04.1993, Rs. C-172/91, *Volker Sonntag/Hans Waidmann et al.*, Rz. 20. Vgl. auch Schnyder-ACOCCELLA, Art. 1 N 12; Dasser/Oberhammer-DASSER, Art. 1 N 46; Geimer/Schütze-GEIMER, Art. 1 N 9; KROPHOLLER/VON HEIN, Art. 1 EuGVO N 6; Rauscher I-MANKOWSKI, Art. 1 Brüssel Ia-VO N 18 ff.; BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 44; Stein/Jonas EuGVVO-WAGNER, Art. 1 N 11.

³⁵⁴ Vgl. EuGH v. 21.04.1993, Rs. C-172/91, *Volker Sonntag/Hans Waidmann et al.*, Rz. 21. Vgl. auch Dasser/Oberhammer-DASSER, Art. 1 N 46; BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 45. Im Ergebnis: Geimer/Schütze-GEIMER, Art. 1 N 16; KROPHOLLER/VON HEIN, Art. 1 EuGVO N 6; Rauscher I-MANKOWSKI, Art. 1 Brüssel Ia-VO N 22 f.; Stein/Jonas EuGVVO-WAGNER, Art. 1 N 13.

Befugnisse ist entscheidend, dass die betreffenden Befugnisse von den im Verhältnis zwischen Privatpersonen geltenden Regeln abweichen.³⁵⁵

- 119 Alleine die Teilnahme eines Insolvenzverwalters als Partei im Rahmen des Gerichtsverfahrens, das dem für vollstreckbar zu erklärenden Entscheid zugrunde liegt, kann nicht dazu führen, dass der Entscheid eine vom Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossene öffentlich-rechtliche Streitigkeit betrifft. Für eine Qualifikation des Entscheids als eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit betreffend, müssen weitere Merkmale hinzukommen, die darauf schliessen lassen, dass die Streitsache die Ausübung hoheitlicher Befugnisse betrifft und damit vom sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossen ist.

ii) Ausschluss von Konkursen, Vergleichen und ähnlichen Verfahren

- 120 Um vom Anwendungsbereich des LugÜ erfasst zu sein, darf der für vollstreckbar zu erklärende Entscheid zudem keines der nach Art. 1 Abs. 2 lit. a–d LugÜ ausgeschlossenen Rechtsgebiete betreffen.³⁵⁶ Für Sachverhalte bei denen ein (ausländischer) Insolvenzverwalter die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Entscheides begehrt, ist insbesondere der insolvenzrechtliche Ausnahmetatbestand nach lit. b von Interesse, wonach das LugÜ nicht auf «Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren» anzuwenden ist. Dies bedeutet, dass die Anwendbarkeit des LugÜ ausgeschlossen ist, wenn der für vollstreckbar zu erklärende Entscheid aus einem insolvenzrechtlichen Verfahren nach Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ stammt.³⁵⁷ Nicht ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit des LugÜ hingegen, wenn die Vollstreckbarerklärung einen in den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ fallenden Entscheid betrifft, die Vollstreckbarerklärung aber im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren (durch den Insolvenzverwalter) beantragt wird.

³⁵⁵ Vgl. EuGH v. 21.04.1993, Rs. C-172/91, *Volker Sonntag/Hans Waidmann et al.*, Rz. 22. Vgl. auch Schnyder-ACOCCELLA, Art. 1 N 15; Dasser/Oberhammer-DASSER, Art. 1 N 43; KROPHOLLER/VON HEIN, Art. 1 EuGVO N 6; Rauscher I-MANKOWSKI, Art. 1 Brüssel Ia-VO N 22; BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 46; Stein/Jonas EuGVVO-WAGNER, Art. 1 N 13.

³⁵⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 116.

³⁵⁷ Vgl. WALTER/DOMEJ, S. 183.

(1) Rechtsprechung des EuGH

Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass unter den insolvenzrechtlichen Ausnahmetatbestand des LugÜ, insbesondere unter die sog. «ähnliche[n] Verfahren» nach Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ, jene Klagen resp. Einzelverfahren fallen, die «unmittelbar aus einem Insolvenzverfahren»³⁵⁸ hervorgehen «und in engem Zusammenhang damit»³⁵⁹ stehen.³⁶⁰ Entscheidend für die Qualifikation ist letztlich, ob eine Klage «anlässlich eines Insolvenzverfahrens erhoben»³⁶¹ wurde sowie ob die fragliche «Klage ihren Ursprung im Insolvenzverfahrensrecht»³⁶² hat.³⁶³ Somit fallen solche Verfahren unter den Ausschluss, die durch die Insolvenzeröffnung ausgelöst werden, d.h. eine direkte Folge davon sind, grundsätzlich nicht aber Verfahren, bei denen der Insolvenzverwalter bloss die bereits vorgängig bestehenden Rechte des Gemeinschuldners geltend macht.³⁶⁴ Die Beteiligung eines Insolvenzverwalters an einem Rechtsstreit ist daher noch nicht ausreichend, um einen unmittelbaren und engen Zusammenhang zum Insolvenzverfahren herzustellen.

³⁵⁸ EuGH v. 04.12.2014, Rs. C-295/13, *H/H.K.*, Rz. 18.

³⁵⁹ EuGH v. 04.12.2014, Rs. C-295/13, *H/H.K.*, Rz. 18.

³⁶⁰ EuGH v. 04.12.2014, Rs. C-295/13, *H/H.K.*, Rz. 18. Vgl. auch EuGH v. 04.09.2014, Rs. C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH/Kintra UAB*, Rz. 23; EuGH v. 19.04.2012, Rs. C-213/10, *F-Tex SIA/Lietuvos-Anglijos UAB «Jadecloud-Vilma»*, Rz. 22 sowie Rz. 26 ff.; EuGH v. 10.09.2009, Rs. C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH/Alice van der Schree*, Rz. 26; EuGH v. 02.07.2009, Rs. C-111/08, *SCT Industri AB i likvidation/Alpenblume AB*, Rz. 21 sowie R. 25; EuGH v. 12.02.2009, Rs. C-339/07, *Christopher Seagon/Deko Marty Belgium NV*, Rz. 19 ff.; EuGH v. 22.02.1979, Rs. C-133/78, *Henri Gourdain/Franz Nadler*, Rz. 4. Vgl. zu dem durch die EuGH-Rechtsprechung geforderten «engen Zusammenhang» im Detail: HAAS/BRUNNER, S. 172 ff.

³⁶¹ EuGH v. 04.12.2014, Rs. C-295/13, *H/H.K.*, Rz. 18. Vgl. auch EuGH v. 04.09.2014, Rs. C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH/Kintra UAB*, Rz. 24 sowie Rz. 26.

³⁶² EuGH v. 04.12.2014, Rs. C-295/13, *H/H.K.*, Rz. 18.

³⁶³ EuGH v. 04.12.2014, Rs. C-295/13, *H/H.K.*, Rz. 18. Vgl. auch EuGH v. 04.09.2014, Rs. C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH/Kintra UAB*, Rz. 24 sowie Rz. 26 f.; EuGH v. 10.09.2009, Rs. C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH/Alice van der Schree*, Rz. 32 f. Vgl. zum Erfordernis eines insolvenzrechtlichen Gegenstands im Detail: HAAS/BRUNNER, S. 174 f.

³⁶⁴ Vgl. Dasser/Oberhammer-DASSER, Art. 1 N 81; BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 88; BOMMER, S. 113; MANKOWSKI, Insolvenznahe Verfahren, S. 511 f. Im Ergebnis: EuGH v. 04.09.2014, Rs. C-157/13, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH/Kintra UAB*, Rz. 26 ff.

len³⁶⁵ und das Verfahren damit als insolvenzrechtlich im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ zu qualifizieren.

(2) Rechtsprechung des Bundesgerichtes

- 122 Das Bundesgericht geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass Verfahren, die ihren Ursprung nicht im Insolvenzrecht haben und die aller Wahrscheinlichkeit nach auch ohne das Insolvenzverfahren erhoben worden wären, nicht unter den Ausschlussstatbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ fallen.³⁶⁶ Ebenso wird der Tatsache Bedeutung zugemessen, ob das betroffene Gerichtsverfahren im Ergebnis der Vergrösserung der Insolvenzmasse dient. Ist dies der Fall, so ist es nach Ansicht des Bundesgerichtes als insolvenzrechtlich im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ zu qualifizieren.³⁶⁷ Aufgrund der Unbestimmtheit dieser Kriterien und der weiteren Rechtsprechung zu Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ³⁶⁸ ist fraglich, ob es überhaupt Fallkonstellationen geben kann, in denen die Anforderungen dieser Rechtsprechung (eindeutig) erfüllt wären und eine im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren erhobene Klage nicht unter den Ausschlussstatbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ fallen würde.
- 123 In einem Urteil aus dem Jahr 2008 entschied das Bundesgericht im Sinne einer restriktiveren Rechtsprechung, dass eine Klage eines ausländischen Insolvenzverwalters (betreffend einen ursprünglich dem ausländischen Gemeinschuldner zustehenden Anspruch) gegen einen in der Schweiz wohnhaften (Dritt-)Schuldner die Vergrösserung der ausländischen Insolvenzmasse bezwecke und ohne das Insolvenzverfahren im Ausland nicht eingeleitet

³⁶⁵ EuGH v. 10.09.2009, Rs. C-292/08, *German Graphics Graphische Maschinen GmbH/Alice van der Schee*, Rz. 33. Vgl. auch Dasser/Oberhammer-DASSER, Art. 1 N 66; Rauscher I-MANKOWSKI, Art. 1 Brüssel Ia-VO N 66 sowie N 76.

³⁶⁶ BGE 140 III 320, 323; BGE 139 III 236, 245; BGer v. 06.03.2008, 4A_231/2007, Erw. 4.2 (nicht publizierte Erw. in BGE 134 III 366) [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 927]; BGE 133 III 386, 389; BGE 131 III 227, 231 [Pra 95 (2006) Nr. 57, S. 413]; BGE 129 III 683, 685; BGE 125 III 108, 111. Im Ergebnis auch BGE 141 III 382, 386.

³⁶⁷ BGE 140 III 320, 323; BGE 139 III 236, 245; BGer v. 06.03.2008, 4A_231/2007, Erw. 4.2 (nicht publizierte Erw. in BGE 134 III 366) [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 927]; BGE 131 III 227, 231 [Pra 95 (2006) Nr. 57, S. 413 f.]; BGE 129 III 683, 685. Vgl. im Übrigen zur Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ: HAAS/BRUNNER, S. 175 ff.

³⁶⁸ Vgl. dazu nachstehend Rz. 123 ff.

worden wäre.³⁶⁹ Das Gericht kam zu dem Schluss, dass das streitgegenständliche Verfahren als insolvenzrechtliches Verfahren nach Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ zu qualifizieren sei und daher nicht in den Anwendungsbereich des LugÜ falle.³⁷⁰ Das Bundesgericht wies die Beschwerde schliesslich unter anderem mit Verweis auf die fehlende Prozessführungsbefugnis des ausländischen Insolvenzverwalters zur Klageeinleitung ab.³⁷¹

Der genannte Entscheid ist in mehrfacher Hinsicht kritisch zu hinterfragen.¹²⁴ Es trifft zwar zu, dass aus schweizerischer Sicht bei Gutheissung der Klage und erfolgreicher Vollstreckung die der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung stehenden Mittel vermehrt worden wären; tatsächlich bestand der streitgegenständliche Anspruch des ausländischen Gemeinschuldners jedoch schon vor und bei Insolvenzeröffnung und wurde lediglich als Folge der Insolvenzeröffnung durch den ausländischen Insolvenzverwalter klageweise geltend gemacht. Demnach wäre es im Falle der Gutheissung der Klage (die richtigerweise durch die schweizerische Sekundärkonkursmasse hätte erhoben werden müssen³⁷²) und erfolgreicher Vollstreckung in wirtschaftlicher Hinsicht nicht zu einer Vergrösserung der Insolvenzmasse gekommen,³⁷³ sondern es hätte sich lediglich ihre Zusammensetzung verändert.

Zu beachten ist ferner, dass eine entsprechende Klage auf Geltendmachung eines Anspruches des ausländischen Gemeinschuldners unmittelbar vor der Insolvenzeröffnung durch den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ erfasst wäre (sofern es sich um eine Zivil- und Handelssache handelt und kein nach Art. 1 Abs. 2 lit. a, c–d LugÜ ausgeschlossenes Rechtsgebiet betroffen ist). Vorausgesetzt, dass es nach der *lex fori concursus* zulässig wäre, könnte ein solches Verfahren auch nach der Insolvenzeröffnung fort dauern und würde nicht als Folge der Insolvenzeröffnung aus dem sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ fallen. Aufgrund dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtes wäre jedoch im Falle der Verfahrenseinleitung im Moment nach der Insolvenzeröffnung ein Verfahren über den identischen Streitge-¹²⁵

³⁶⁹ BGer v. 06.03.2008, 4A_231/2007, Erw. 4.2 (nicht publizierte Erw. in BGE 134 III 366) [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 927].

³⁷⁰ BGer v. 06.03.2008, 4A_231/2007, Erw. 4.2 (nicht publizierte Erw. in BGE 134 III 366) [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 927].

³⁷¹ BGE 134 III 366, 377 f. [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 937 ff.].

³⁷² Vgl. dazu vorstehend Rz. 87.

³⁷³ Vgl. auch die weiteren bundesgerichtlichen Entscheide, die auf die «Vergrösserung der Konkursmasse» verweisen (BGE 140 III 320, 323; BGE 139 III 236, 245; BGE 131 III 227, 231 [Pra 95 (2006) Nr. 57, S. 413]; BGE 129 III 683, 685).

genstand – allerdings unter Beteiligung des ausländischen Insolvenzverwalters – vom Ausschlussgrund nach Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ erfasst, obwohl im Ergebnis beide Verfahren (als Folge der Insolvenzeröffnung) der Vermehrung der liquiden Mittel resp. der Vergrösserung der ausländischen Insolvenzmasse dienen können. Dass ein Verfahren im Ergebnis der Realisierung von Aktiven der ausländischen Insolvenzmasse dient, kann jedoch nicht als Kriterium für das Vorliegen eines nach Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ vom Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossenen insolvenzrechtlichen Tatbestandes entscheidend sein. Vielmehr ist bereits die dem Entscheid zu entnehmende, aber nicht begründete Annahme,³⁷⁴ dass das betreffende Verfahren ohne das im Ausland eröffnete Insolvenzverfahren nicht eingeleitet worden wäre,³⁷⁵ nicht nachvollziehbar. Die ursprünglich dem Gemeinschuldner zustehende Forderung hätte, wie erwähnt, schon vor der ausländischen Insolvenzeröffnung jederzeit durch den Gemeinschuldner klageweise geltend gemacht werden können.³⁷⁶ Das Bundesgericht verkennt mit dieser Argumentation, dass alleine die Tatsache, dass eine Klage durch einen (ausländischen) Insolvenzverwalter (und nicht durch den ausländischen Gemeinschuldner) erhoben wird, nicht zwingend bedeutet, dass das Verfahren seinen Ursprung im ausländischen Insolvenzrecht hat, auch wenn die Klage anlässlich des (ausländischen) Insolvenzverfahrens erhoben wurde.³⁷⁷ Mit dieser Vorgehensweise lässt das Bundesgericht insbesondere auch unberücksichtigt, dass ausschliesslich der Streitgegenstand eines Verfahrens für die Beurteilung massgeblich ist, ob das betreffende Verfahren in den Anwendungsbereich des LugÜ fällt.³⁷⁸ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung führt folglich zu einer unzulässigen Erweiterung des insolvenzrechtlichen Ausnahmetatbestandes von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ bzw. eine Einschrän-

³⁷⁴ An einer anderen Stelle des Entscheides wird Folgendes angeführt: «Il s'agit au contraire d'une action qui est ouverte à la suite d'une procédure de faillite italienne afin de faire entrer des actifs dans les biens saisissables de la société faillie, lesquels seront affectés au paiement de l'ensemble des créanciers.» (BGE 134 III 366, 376 f.). Diese Begründung lässt jedoch nicht darüber hinwegsehen, dass die Klage auch ohne Insolvenzverfahren hätte eingereicht werden können.

³⁷⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 123.

³⁷⁶ Wie in BGE 139 III 236, 246, geht das Bundesgericht im angesprochenen Entscheid (BGE 134 III 366) von einer «kausalen Betrachtung» aus und stellt fälschlicherweise darauf ab, ob das konkrete Streitverfahren auch ohne Insolvenzeröffnung rechtshängig geworden wäre.

³⁷⁷ Vgl. diesbezüglich die Ausführungen zur Rechtsprechung des EuGH, vorstehend in Rz. 121.

³⁷⁸ Vgl. Stein/Jonas EuGVVO-WAGNER, Art. 1 N 4.

kung des Anwendungsbereiches des LugÜ, was eine Verletzung des LugÜ zur Folge hat.³⁷⁹

Im Rahmen der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, die im Zusammen- 126
hang mit dem Niedergang der «Swissair» und den daraus resultierenden
verschiedenen in- und ausländischen Insolvenzverfahren ergangen ist, äus-
serte sich das Bundesgericht auch zur Möglichkeit der Anerkennung und
Vollstreckbarerklärung eines Urteils des Cour d'Appel de Bruxelles (auf
Antrag der schweizerischen Sekundärkonkursmasse der Sabena SA³⁸⁰), mit
welchem über eine zivilrechtliche Forderungs- resp. Haftungsklage der bel-
gischen Sabena SA (en faillite) gegen die schweizerischen Nachlassmassen
der SAirGroup AG in Nachlassliquidation sowie der SAirLines AG in Nach-
lassliquidation entschieden wurde.³⁸¹ Dabei stand insbesondere auch die
Frage der Anwendbarkeit des LugÜ auf die Anerkennung resp. Vollstreck-
barerklärung des erwähnten belgischen Entscheides im Zentrum.³⁸² Das
Bundesgericht kam zu dem Schluss, dass die betreffenden Forderungen der
Sabena SA zu einem Zeitpunkt vor dem belgischen Gericht geltend gemacht
worden waren, als sich die SAirGroup AG sowie die SAirLines AG bereits
in der Schweiz im Nachlassverfahren und somit in einem Gesamtverfahren
befunden hatten.³⁸³ Das Bundesgericht führte weiter aus, es sei bereits bei
Anhängigmachung des Klageverfahrens absehbar gewesen, dass das dereinstige
Urteil ausschliesslich im schweizerischen Nachlassverfahren würde
vollstreckt werden können.³⁸⁴ Demzufolge sei davon auszugehen, dass die
Klägerin ihre Klage in Belgien in der Absicht eingeleitet habe, mit dem Zi-
vilurteil ihre Kollokation im schweizerischen Nachlassverfahren erwirken zu
können.³⁸⁵ Mit dem belgischen Verfahren habe die Klägerin daher zumindest
mittelbar das gleiche Ziel wie mit einer Kollokationsklage (vgl. Art. 321

³⁷⁹ Hinzuweisen ist diesbezüglich darauf, dass die betreffende Erwägung (BGer 4A_231/2007, Erw. 4.2) nicht in die amtliche Sammlung der publizierten Bundesgerichtsentscheide (BGE 134 III 366) aufgenommen wurde, womit ihr das Bundesgericht wohl keinen präjudiziellen Charakter beimessen möchte (vgl. zur fehlenden präjudiziellen Wirkung nicht publizierter Entscheide bzw. Erwägungen: NAEGELI, Auswirkungen, Rz. 48).

³⁸⁰ Vgl. BGE 140 III 320 sowie BGer 4A_740/2012, Rubrum [nicht publiziertes Rubrum in BGE 140 III 320].

³⁸¹ BGE 140 III 320.

³⁸² HUNKELER/WOHL, Wirkungen, S. 1.

³⁸³ BGE 140 III 320, 331. Vgl. auch BGE 141 III 382, 387.

³⁸⁴ BGE 140 III 320, 332. Vgl. auch BGE 141 III 382, 388.

³⁸⁵ BGE 140 III 320, 332.

i.V.m. Art. 250 SchKG) verfolgt.³⁸⁶ Die insolvenzrechtliche Wirkung des Entscheides sei das eigentliche Klageziel gewesen.³⁸⁷ Angesichts dieser «funktionalen Beziehung»³⁸⁸ stelle die in Belgien nach der Eröffnung des schweizerischen Nachlassverfahrens ausschliesslich im Hinblick auf die Kollokation in diesem Nachlassverfahren erhobene Klage ein insolvenzrechtliches Verfahren» im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ dar.³⁸⁹ Das Urteil konnte daher in der Schweiz nicht anerkannt resp. für vollstreckbar erklärt werden.³⁹⁰

- 127 Selbst wenn ein Verfahren nicht unmittelbar aus einem Nachlassverfahren hervorgeht, schliesst dies nach Ansicht des Bundesgerichtes nicht aus, dass diese dennoch unter den LugÜ-Ausschluss fallen, sofern das Ziel und die Funktion des ausländischen Verfahrens (aus schweizerischer Sicht) insolvenzrechtlicher Natur sind.³⁹¹ Die Konzentration der Verfahren geht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes jedoch «nicht so weit, dass jedem hängigen Zivilprozess [...] mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens [...] die zuständigkeitsrechtliche Grundlage entzogen würde oder dass ausländische Entscheidungen gar generell nicht mehr unter dem Lugano-Übereinkommen anerkannt und vollstreckt werden könnten, wenn ein Schuldner der Generalexécution unterliegt»³⁹². Offen bleibt, welche Konstellationen das Bundesgericht damit angesprochen hat. Im Übrigen ist es mehr als fraglich, ob diese durch die schweizerische Rechtsauffassung geprägte Rechtsprechung mit dem LugÜ, insbesondere auch der Pflicht zur vertragsautonomen Auslegung und zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, vereinbar ist.³⁹³

bb) Prozessführungsbefugnis zur Beantragung der Vollstreckbarerklärung?

- 128 Fällt der Titel, der einem Verfahren auf Vollstreckbarerklärung zugrunde liegt, in den Anwendungsbereich des LugÜ, stellt sich die Frage, ob ein aus-

³⁸⁶ BGE 140 III 320, 333.

³⁸⁷ BGE 140 III 320, 333.

³⁸⁸ BGE 140 III 320, 333.

³⁸⁹ BGE 140 III 320, 333. Vgl. auch BGE 141 III 382, 388.

³⁹⁰ BGE 140 III 320, 334.

³⁹¹ BGE 141 III 382, 390.

³⁹² BGE 140 III 320, 334. Vgl. auch BGE 141 III 382, 392.

³⁹³ Vgl. dazu: SCHWANDER, Rechtsprechung, S. 652 ff. Vgl. auch die Kritik an BGE 140 III 320 von MARKUS, Revision, S. 29 ff.

ländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten befugt ist, die Vollstreckbarerklärung dieses ausländischen Entscheides zu beantragen.

Die Beantragung der Vollstreckbarerklärung eines in den Anwendungsbereich des LugÜ fallenden Entscheides kann nur durch den Berechtigten im Sinne von Art. 38 Abs. 1 LugÜ erfolgen. In der Lehre herrscht in diesem Zusammenhang Uneinigkeit darüber, welches Recht für die Bestimmung des Berechtigten massgebend ist, namentlich ob sich die Titelberechtigung aus dem Recht des Titelstaates oder jenem des Vollstreckungsstaates ergibt.³⁹⁴ Überzeugender erscheint dabei eine Anknüpfung am Titelstaatsrecht. Dafür spricht das Interesse an einem internationalen Entscheidungseinklang; so wird einer Mehrfachvollstreckung aus einem Entscheid zugunsten unterschiedlicher Personen bzw. einer mehrfachen Inanspruchnahme eines Schuldners am ehesten vorgebeugt (z.B. eine mehrfache Inanspruchnahme des Drittschuldners durch den Vollstreckungsgläubiger und den Vollstreckungsschuldner).³⁹⁵ Eine Anknüpfung an das Recht des Vollstreckungsstaates kann demgegenüber diese wichtigen Aspekte nicht in angemessener Weise adressieren. Wird davon ausgegangen, dass im Anwendungsbereich des europäischen Zivilverfahrensrechts das Titelstaatsrecht (einschliesslich dessen Kollisionsrecht) für die Beurteilung der Titelberechtigung entscheidend ist,³⁹⁶ so ergeben sich mit Blick auf die hier zu behandelnde Konstellation *de lege lata* allerdings schwer lösbare Konflikte.

Die restriktive bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Rechtsverfolgungsbefugnissen ausländischer Insolvenzverwalter in der Schweiz³⁹⁷ lässt vermuten, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter aufgrund der Art. 166 ff. IPRG nicht über die Befugnis verfügt, die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Entscheides nach Art. 38 Abs. 1 LugÜ zu beantragen.³⁹⁸ Aus den Art. 166 ff. IPRG und der diesbezüglichen Rechtsprechung

³⁹⁴ Vgl. dazu im Detail mit einer Übersicht über den Lehrstreit: BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ, Art. 38 N 193 ff.

³⁹⁵ DOMEJ, Haftungsverwirklichung, S. 391.

³⁹⁶ Vgl. im Detail die Argumente, die für eine solche Anknüpfung sprechen: DOMEJ, Haftungsverwirklichung, S. 390 ff.

³⁹⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 87.

³⁹⁸ So auch BSK LugÜ-KUNZ/HOFMANN, Art. 38 N 199. Dafür spricht auch ein vor Kurzem ergangener Entscheid des Bundesgerichtes, wonach ein ausländischer Insolvenzverwalter nicht prozessführungsbefugt ist, für einen in Deutschland ergangenen rechtskräftigen Entscheid in der Schweiz definitive Rechtsöffnung nach Art. 80 Abs. 1 SchKG zu beantragen. Das Bundesgericht verwies in diesem Zusammenhang darauf,

ergibt sich somit, dass das schweizerische Recht im Ergebnis für die Frage der Berechtigung nach Art. 38 Abs. 1 LugÜ von einer Anknüpfung am Recht des Vollstreckungsstaates ausgeht. Diese Anknüpfung kollidiert mit dem nach der hier vertretenen Auffassung im europäischen Zivilverfahrensrecht für die Beurteilung der subjektiven Reichweite eines Entscheides massgeblichen Titelstaatsrecht.

- ¹³¹ Als Folge der (wohl) fehlenden Befugnis ausländischer Insolvenzverwalter die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Entscheides nach Art. 38 Abs. 1 LugÜ zu beantragen, steht einem ausländischen Insolvenzverwalter einzig die Möglichkeit offen, in einem separaten Verfahren um Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes nach Art. 166 Abs. 1 IPRG zu ersuchen. Die Vollstreckbarerklärung hat anschliessend im Rahmen des Sekundärkonkursverfahrens auf Antrag der Sekundärkonkursmasse zu erfolgen.³⁹⁹ Dieses Vorgehen ist allerdings nur nach und im Falle einer erfolgreichen Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes möglich.
- ¹³² Es stellt sich zudem die Frage, ob der Sekundärkonkursmasse in den hier besprochenen Konstellationen überhaupt die Stellung eines Titelläubigers zukommt, da die Sekundärkonkursmasse nicht der im Titel genannte Berechtigte ist. Ausserdem kommt der Sekundärkonkursmasse aus schweizerischer Rechtsbetrachtung von Gesetzes wegen keine Rechtsnachfolgerstellung zu. Wohl käme aber eine Abtretung der titulierten Forderung an die Sekundärkonkursmasse in Betracht, sofern eine solche im Rahmen des ausländischen Insolvenzverfahrens erfolgen kann.⁴⁰⁰
- ¹³³ Fraglich ist allerdings, ob nach der Praxis der schweizerischen Gerichte im Falle einer Beantragung einer Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Entscheides durch eine Sekundärkonkursmasse überhaupt eine Prüfung erfolgt, ob diese als Berechtigte im Sinne von Art. 38 Abs. 1 LugÜ angesehen

dass die Prozessführungsbefugnis von ausländischen Insolvenzverwaltern durch das LugÜ keine Regelung erfahre (vgl. zum Ganzen: BGer v. 17.01.2017, 5A_520/2016, Erw. 2.2).

³⁹⁹ Eine solche Vorgehensweise lag BGE 140 III 320 zugrunde. Die Sekundärkonkursmasse der belgischen Luftfahrtgesellschaft Sabena SA ersuchte um Anerkennung und Vollstreckbarerklärung eines belgischen Urteils (vgl. dazu auch schon vorstehend Rz. 126).

⁴⁰⁰ So wirken aus schweizerischer Sicht die Urteilswirkungen auch gegenüber einem Zessionar, an den der titulierte Anspruch abgetreten wurde, soweit die Rechtsnachfolge durch Urkunde nachgewiesen werden kann (vgl. hinsichtlich der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung nach Art. 80 SchKG: BGE 140 III 372, 375 ff.).

werden könnte oder müsste. So wurde hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung eines Entscheides eines belgischen Gerichtes, der in einem Klageverfahren der Sabena SA (en faillite) gegen die Schweizer Nachlassmassen der SAirGroup AG in Nachlassliquidation sowie der SAir-Lines in Nachlassliquidation erging,⁴⁰¹ die Frage, ob die Sekundärkonkursmasse der Sabena SA (en faillite) die Voraussetzungen für eine Berechtigung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 LugÜ für einen auf den ausländischen Gemeinschuldner (namentlich die Sabena SA en faillite) lautenden Entscheid erfüllt, weder im Verfahren vor dem Zürcher Obergericht⁴⁰² (in welchem der streitgegenständliche ausländische Entscheid partiell anerkannt wurde⁴⁰³) noch im bundesgerichtlichen Verfahren⁴⁰⁴ thematisiert.

Vor dem zuvor beschriebenen Hintergrund ist es zweifelhaft, ob die schweizerische Sekundärkonkursmasse die Voraussetzungen für eine Titelberechtigung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 LugÜ erfüllt. In solchen Fällen wäre daher der ausländische Entscheid in der Schweiz nicht vollstreckbar, denn infolge der ausländischen Insolvenzeröffnung ist zumeist auch der ausländische Gemeinschuldner nicht mehr handlungsfähig. Ihm mangelt es entsprechend an der Prozessfähigkeit, um die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Entscheides zu beantragen.⁴⁰⁵ Es müsste somit wohl zunächst eine neue Titulierung des Anspruches zugunsten der Sekundärkonkursmasse an einem Erkenntnisgerichtsstand erfolgen.⁴⁰⁶ 134

Noch weit unbefriedigender gestaltet sich die Rechtslage, falls mangels Erfüllung der Anerkennungsvoraussetzungen nach Art. 166 Abs. 1 IPRG keine Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes erfolgen kann. Die Beantragung der Vollstreckbarerklärung kann diesfalls nicht im Rahmen eines Sekundärkonkursverfahrens erfolgen. Ebenso wenig kann der ausländische Insolvenzverwalter die Vollstreckbarerklärung beantragen. Überdies ist nach der (nach der hier vertretenen Ansicht zweifelhaften⁴⁰⁷) Rechtsprechung des Bundesgerichtes unabhängig von der (fehlenden) Anerkennung des ausländi- 135

⁴⁰¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 126.

⁴⁰² OGer ZH v. 07.11.2012, RV110006.

⁴⁰³ Vgl. OGer ZH v. 07.11.2012, RV110006, Urteilsdispositiv Ziff. 1 sowie Ziff. 2.

⁴⁰⁴ BGE 140 III 320.

⁴⁰⁵ Bedenklich ist im Rahmen der bestehenden Rechtslage aber auch, dass bei Erfüllung einer Forderung durch einen Drittschuldner an die Sekundärkonkursmasse die Situation eintreten kann, dass aus ausländischer Sicht die Zahlung nicht schuldbefreiend wirkt.

⁴⁰⁶ Vgl. Stein/Jonas EuGVVO-OBERHAMMER, Art. 38 N 33.

⁴⁰⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 70 ff.

schen Insolvenzdekretes eine aufgrund der ausländischen Insolvenzeröffnung eintretende Beeinträchtigung der Handlungsfähigkeit des ausländischen Gemeinschuldners nach Art. 35 IPRG resp. nach Art. 154 Abs. 1 bzw. Art. 155 lit. c IPRG zu beachten.⁴⁰⁸ Dem ausländischen Gemeinschuldner wird daher in der Regel wohl die Prozess- und Betreuungsfähigkeit fehlen, um die Vollstreckbarerklärung zu beantragen und vollstreckungseinleitende Handlungen vorzunehmen. Als Folge der fehlenden Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens sind Einzelzwangsvollstreckungen gegen den ausländischen Gemeinschuldner resp. hinsichtlich dessen in der Schweiz gelegenen Vermögens zwar weiterhin zulässig,⁴⁰⁹ ein Gläubiger wird jedoch nur im Falle einer Abtretung (sofern eine solche Abtretung im Rahmen des ausländischen Insolvenzverfahrens erfolgen kann) aus einem Titel, der ursprünglich zu Gunsten des ausländischen Gemeinschuldners oder von dessen Insolvenzverwalter ergangen ist, als Rechtsnachfolger die Vollstreckbarerklärung des ausländischen Entscheides beantragen können.⁴¹⁰

- ¹³⁶ Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass im Falle der Nichtanerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes nach Art. 166 Abs. 1 IPRG in der Regel eine vollständige Vollstreckungsblockade besteht, die rechtspolitisch äusserst bedenklich erscheint. Mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht somit ein kaum lösbarer Konflikt, der auch nach der vorgeschlagenen Regelung des E-IPRG weiterhin bestehen bleibt, zumindest soweit kein Verzicht auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens nach Art. 174a E-IPRG⁴¹¹ erfolgt.

b) Vollstreckbarerklärung unter Anwendung des IPRG

- ¹³⁷ In Bezug auf die Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheide nach den Regeln des IPRG (Art. 25 ff. IPRG) stellt sich die Frage, ob einem ausländischen Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten die Prozessführungsbefugnis zur Beantragung der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Entscheides (Art. 28 IPRG) zukommt oder ob die in Art. 166 ff. IPRG

⁴⁰⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 73.

⁴⁰⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 69.

⁴¹⁰ Auf die Frage, ob diesfalls auch die Möglichkeit der Pfändung des titulierten Anspruches des ausländischen Gemeinschuldners gegen den Drittschuldner bestünde, wird vorliegend nicht eingegangen.

⁴¹¹ Vgl. dazu nachstehend Rz. 318 ff.

vorgesehenen Einschränkungen und die diesbezügliche Rechtsprechung⁴¹² zur Anwendung gelangen müssen. Letzteres hätte zur Folge, dass ausländische Insolvenzverwalter nicht über eine entsprechende Antragsbefugnis verfügen würden.

Während die Regelungen des LugÜ den Bestimmungen des IPRG aufgrund von Art. 1 Abs. 2 IPRG vorgehen, stellen die Art. 166 ff. IPRG eine *lex specialis* zu der allgemeinen Regel in den Art. 25 ff. IPRG dar.⁴¹³ In Anbetracht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum 11. Kapitel des IPRG, die, wie bereits mehrfach erwähnt, einen Ausschluss von Rechtsverfolgungsbefugnissen ausländischer Insolvenzverwalter zur Folge hat,⁴¹⁴ ist einem ausländischen Insolvenzverwalter daher die Prozessführungsbefugnis zu Beantragung der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Entscheides nach Art. 28 IPRG abzusprechen. In solchen Fallkonstellationen kann ein ausländischer Insolvenzverwalter somit einzig die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes nach Art. 166 Abs. 1 IPRG beantragen. Die Vollstreckbarerklärung des ausländischen Entscheides kann dann erst nach erfolgreicher Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes im Rahmen des Sekundärkonkursverfahrens erfolgen. Der Exequaturantrag kann nur durch die schweizerische Sekundärkonkursmasse gestellt werden. Ist die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes mangels Erfüllung der diesbezüglich notwendigen Anerkennungsvoraussetzungen nach Art. 166 Abs. 1 IPRG nicht möglich, dann führt dies auch zu der (problematischen) Rechtslage, dass in der Regel keine Möglichkeit besteht, die Vollstreckbarerklärung sowie im Ergebnis die Vollstreckung des ausländischen Entscheides in der Schweiz zu bewirken.⁴¹⁵ 138

c) *Fehlende Vollstreckbarkeit ausländischer insolvenznahe Entscheide*

Insolvenznahe Verfahren bzw. insolvenzrechtliche Annexverfahren sind Einzelverfahren, die unmittelbar aus einem Insolvenzverfahren hervorgehen 139

⁴¹² Vgl. dazu vorstehend Rz. 87 f.

⁴¹³ Dies ist unter anderem daraus ersichtlich, dass die Art. 166 ff. IPRG eine eigene Regelung zur Anerkennung ausländischer Insolvenzdekrete enthalten. Zudem wird in Art. 166 Abs. 1 lit. b IPRG auf Art. 27 IPRG verwiesen. Vgl. auch BSK IPRG-DAPPEN/MABILLARD, Art. 25 N 3; RODRIGUEZ, Zuständigkeiten, Rz. 613.

⁴¹⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 87.

⁴¹⁵ Vgl. dazu die Ausführungen in Rz. 135, die auch vorliegend einschlägig sind.

und materiell in einem engen Zusammenhang zu diesem stehen.⁴¹⁶ Hauptanwendungsfall sind paulianische Anfechtungsklagen.⁴¹⁷ Insolvenznahe Verfahren gelten als «ähnliche Verfahren» im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ⁴¹⁸ und sind daher vom sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ *nicht* erfasst; sie fallen hingegen nach der Rechtsprechung des EuGH in den Regelungsbereich der EuInsVO.⁴¹⁹

- ¹⁴⁰ Vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ resp. Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 EuGVÜ/Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO hat das schweizerische Bundesgericht mehrfach darauf verwiesen, dass ein ausländischer Entscheid über eine insolvenznahe Klage nicht in den Anwendungsbereich des LugÜ falle.⁴²⁰ Für die Vollstreckbarerklärung ausländischer insolvenznaher Entscheide würden daher einzig die subsidiär anwendbaren allgemeinen Regeln des IPRG in Frage kommen. Die Art. 25 ff. IPRG erfassen jedoch ausschliesslich Zivilsachen,⁴²¹ worunter insolvenznahe Klagen angesichts ihres vollstreckungsrechtlichen Charakters nicht fallen. Daher kommen insolvenznahe Klagen auch nicht als Anerkennungsobjekte im Sinne von Art. 25 ff. IPRG in Frage.⁴²² Des Weiteren enthalten die Art. 166 ff. IPRG ausschliesslich Regeln zur Anerkennung ausländischer Insolvenzdekrete, jedoch ist den genannten Bestimmungen keine Regelung zur Anerkennung resp. Vollstreckbarerklärung von Entscheiden in insolvenzrechtlichen Annexsachen zu entnehmen. Insolvenznahe Entscheide aus dem Ausland sind daher in der Schweiz grundsätzlich weder anerkennbar noch vollstreckbar.⁴²³

⁴¹⁶ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4143; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 15.

⁴¹⁷ Vgl. Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4143; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 15.

⁴¹⁸ Vgl. zum insolvenzrechtlichen Ausnahmetatbestand von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ vorstehend Rz. 120 ff.

⁴¹⁹ EuGH v. 16.01.2014, Rs. C-328/12, *Ralph Schmid/Lilly Hertel*, Rz. 30; EuGH v. 19.04.2012, Rs. C-213/10, *F-Tex SIA/Lietuvos-Anglijos UAB «Jadecloud-Vilma»*, Rz. 27 ff.; EuGH v. 12.02.2009; Rs. C-339/07, *Christopher Seagon/Deko Marty Belgium NV*, Rz. 21 sowie Rz. 28.

⁴²⁰ BGE 141 III 382, 386 ff.; BGE 140 III 320, 323 ff.; BGE 129 III 683, 685. Im Ergebnis auch BGE 139 III 236, 245 f.; BGE 131 III 227, 232 f. [Pra 95 (2006) Nr. 57, S. 414].

⁴²¹ BGE 135 III 127, 134; BGE 129 III 683, 687.

⁴²² BGE 129 III 683, 687. Im Ergebnis auch BGE 135 III 127, 133 f.

⁴²³ Vgl. Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4143; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 15 f.; BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 289 N 27 f.; Hunkeler-UMBACH-SPAHN/BOSSART, Art. 289 N 10 f.; OBERHAMMER, *Deutsche Insolvenzverwalter*, S. 344 ff.; WALTHER, *Paulianische Anfechtungsansprüche*, S. 102 ff. BAUMERT, S. 107 sowie GOTTWALD,

Für (Haupt-)Insolvenzverfahren, die in der EU eröffnet worden sind und die damit unter die EuInsVO fallen (vgl. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO/aEuInsVO),⁴²⁴ spricht sich der EuGH klar für eine *vis attractiva concursus*⁴²⁵ aus.⁴²⁶ Die internationale Zuständigkeit für insolvenzrechtliche Annexverfahren⁴²⁷ besteht danach bei den Gerichten jenes Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet das Insolvenzverfahren nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO/aEuInsVO eröffnet worden ist.⁴²⁸ Dies gilt nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur im EU-internen Verhältnis, sondern auch gegenüber Drittstaaten,⁴²⁹ wie zum Beispiel gegenüber der Schweiz. Das bedeutet, dass sich die Zuständigkeit auch dann nach der EuInsVO richtet, wenn eine insolvenznahe Klage gegen einen Schuldner erhoben wird, der seinen (Wohn-)Sitz nicht im Gebiet eines EU-Mitgliedstaates hat.⁴³⁰

Entscheide über insolvenzrechtliche Annexklagen sind in der Schweiz aber weiterhin nicht vollstreckbar.⁴³¹ Dies führt letztlich dazu, dass aus ausländischer Sicht im Ergebnis rechtswidrige Handlungen geschützt werden, indem eine Vollstreckung in Vermögenswerte, die in der Schweiz gelegen sind und die aus einer solchen rechtskräftig festgestellten rechtswidrigen Handlung resultieren, durch das schweizerische Recht (auch im Rahmen eines Sekundärkonkursverfahrens) verhindert wird.⁴³²

Annexverfahren, S. 254, schliessen im deutsch-schweizerischen Verhältnis eine Anerkennung nach dem D/CH-Abkommen nicht aus.

⁴²⁴ Vgl. zur EuInsVO nachstehend Rz. 223 ff.

⁴²⁵ Vgl. zum Begriff sowie zu den Vor- und Nachteilen: WALDMANN, S. 25 ff.

⁴²⁶ EuGH v. 16.01.2014, Rs. C-328/12, *Ralph Schmid/Lilly Hertel*, Rz. 39; EuGH v. 12.02.2009; Rs. C-339/07, *Christopher Seagon/Deko Marty Belgium NV*, Rz. 28.

⁴²⁷ Welche Annexverfahren unter Art. 3 Abs. 1 EuInsVO/aEuInsVO resp. unter Art. 6 Abs. 1 EuInsVO fallen, ist durch die Rechtsprechung noch ungeklärt (BECKER, S. 40; vgl. auch PARZINGER, S. 65).

⁴²⁸ EuGH v. 12.02.2009; Rs. C-339/07, *Christopher Seagon/Deko Marty Belgium NV*, Rz. 28. Vgl. auch Art. 6 EuInsVO, der als Konsequenz dieser Rechtsprechung in die Neufassung (EuInsVO) der aEuInsVO aufgenommen wurde und nun die Zuständigkeit für Annexklagen ausdrücklich regelt.

⁴²⁹ EuGH v. 16.01.2014, Rs. C-328/12, *Ralph Schmid/Lilly Hertel*, Rz. 39.

⁴³⁰ EuGH v. 16.01.2014, Rs. C-328/12, *Ralph Schmid/Lilly Hertel*, Rz. 39.

⁴³¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 140.

⁴³² Eine insolvenznahe Klage wäre jedoch nach Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes in der Schweiz grundsätzlich möglich, sofern dafür ein Gerichtsstand besteht (z.B. Art. 171 IPRG i.V.m. Art. 289 SchKG).

- ¹⁴³ Der daraus resultierende Handlungsbedarf wurde in der Zwischenzeit erkannt. Nach Art. 174c E-IPRG sollen künftig «[a]usländische Entscheidungen über Anfechtungsansprüche und andere gläubigerschädigende Handlungen, die in einem engen Zusammenhang zu einem in der Schweiz anerkannten Konkursdekret stehen», nach den Art. 25–27 IPRG anerkannt werden können, «wenn sie im Ursprungsstaat des Konkursdekrets ergangen sind oder in diesem Staat anerkannt werden und der Beklagte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte».⁴³³

3. Würdigung

- ¹⁴⁴ Ob die im Rahmen des 11. Kapitels des IPRG bestehende Einschränkung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter mit dem geltenden passiven Territorialitätsprinzip *de lege lata* gerechtfertigt werden kann, ist fraglich. Ein ausländischer Insolvenzverwalter muss sich den schweizerischen Gerichten zur Entscheidung und damit deren Gerichtshoheit unterwerfen.⁴³⁴ Ein ausländischer Insolvenzverwalter kann folglich durch die Prozessführung nicht selbst hoheitlich tätig werden.⁴³⁵
- ¹⁴⁵ Gegen die Einordnung der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters als Hoheitsakt spricht auch, dass nach dem E-IPRG ausländischen Insolvenzverwaltern künftig bei einem Verzicht auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens (Art. 174a Abs. 1 und 2 E-IPRG)⁴³⁶ in der Schweiz unter anderem die Befugnis zur Führung von Prozessen zustehen soll (Art. 174a Abs. 4 E-IPRG), soweit die Verfahren sich auf die der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung gestellten, in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners beziehen.⁴³⁷ Art. 174a Abs. 4 E-IPRG führt denn auch ausdrücklich aus, dass die infolge eines Sekundärkonkursverfahrensverzichts einem ausländi-

⁴³³ Vgl. dazu Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4143 f. Vgl. noch zu Art. 174c VE-IPRG: Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 6 sowie S. 15 f.

⁴³⁴ Vgl. SCHWANDER, IPR und IZPR des Konzernrechts, S. 99.

⁴³⁵ SCHWANDER, IPR und IZPR des Konzernrechts, S. 99. Gl.A. WALTHER, Grundlagen, S. 67, der Folgendes ausführt: «Keine hoheitliche Handlung stellt insbesondere das Auftreten [des ausländischen Insolvenzverwalters] im Namen der ausländischen Masse vor schweizerischen Gerichten dar [...]».

⁴³⁶ Vgl. dazu nachstehend Rz. 319 f.

⁴³⁷ Vgl. Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4141 f. Vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 14.

schen Insolvenzverwalter in der Schweiz zustehenden Befugnisse, wie das Recht Prozesse zu führen, «[...] nicht die Vornahme hoheitlicher Handlungen [...]» umfassen.⁴³⁸ Der E-IPRG geht daher – m.E. zu Recht – davon aus, dass die Prozessführung durch den ausländischen Insolvenzverwalter nicht die Voraussetzungen für eine hoheitliche Handlung erfüllt.

In diesem Sinn hatte auch das Bundesgericht – ohne Differenzierung, ob in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners durch die Prozessführung betroffen sind – noch vor Inkrafttreten des 11. Kapitels des IPRG entschieden, dass eine ausländische Insolvenzmasse in der Schweiz ihre Rechte wie eine Privatperson vor schweizerischen Gerichten geltend machen könne.⁴³⁹ Der ausländischen Insolvenzmasse abgesprochen wurde jedoch die Befugnis zur Ergreifung von Zwangsmassnahmen, um in der Schweiz gelegene Vermögenswerte an die ausländische Insolvenzmasse abzuführen.⁴⁴⁰ Auch wenn diese Rechtsprechung mit Inkrafttreten des IPRG (wohl) obsolet wurde,⁴⁴¹ kann daraus abgeleitet werden, dass vor Inkrafttreten des IPRG, d.h. zu einer Zeit, in der das schweizerische internationale Insolvenzrecht noch auf dem absoluten passiven Territorialitätsprinzip beruhte,⁴⁴² die Prozessführung durch einen ausländischen Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten keine hoheitliche Handlung war und nicht als Verletzung des Territorialitätsprinzips angesehen wurde. Dies muss umso mehr unter der heutigen gesetzlichen Regelung gelten, die auf dem Grundsatz des gelockerten passiven Territorialitätsprinzips basiert⁴⁴³.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass zumindest ein Teil der prozessualen Handlungen eines ausländischen Insolvenzverwalters – z.B. die Erhebung von Klagen – Streitsachen betreffen, deren zugrunde liegende Rechtsbeziehung ursprünglich zwischen dem Gemeinschuldner und einem Dritten bestand. Für Rechtsstreitigkeiten aus solchen Rechtsverhältnissen wäre der Gemeinschuldner vor der Insolvenzeröffnung grundsätzlich prozessfüh-

⁴³⁸ Vgl. dazu Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4141 f. Vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 14.

⁴³⁹ BGE 111 III 38, 42 [Pra 75 (1986) Nr. 16, S. 47 f.].

⁴⁴⁰ BGE 111 III 38, 42 [Pra 75 (1986) Nr. 16, S. 47 f.].

⁴⁴¹ BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Vor Art. 166 ff. N 6.

⁴⁴² Vgl. dazu vorstehend Rz. 54.

⁴⁴³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60.

rungsbefugt gewesen. Auch dies spricht gegen den hoheitlichen Charakter der Prozessführung durch einen ausländischen Insolvenzverwalter.⁴⁴⁴

- 148 Fraglich ist zudem, ob der Prozessführung durch einen ausländischen Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten im Anwendungsbereich der Art. 166 ff. IPRG vollstreckungsrechtliche Wirkung zukommt. Durch die Prozessführung – zumindest im Rahmen von Erkenntnisverfahren – erfolgt weder eine Einschränkung der Verfügungsmacht des ausländischen Gemeinschuldners noch eine Verwertung von Vermögenswerten zugunsten der Gläubiger. Daraus kann geschlossen werden, dass die Prozessführung durch einen ausländischen Insolvenzverwalter an sich noch keine direkte Beschlagswirkung entfalten kann.
- 149 Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur «finalen Betrachtungsweise»⁴⁴⁵ wird in der Lehre jedoch die Ansicht vertreten, dass die klageweise Geltendmachung einer Forderung zwar keine Vollstreckungshandlung darstelle, sie aber der Durchsetzung einer (in der Schweiz gelegenen) Forderung des ausländischen Gemeinschuldners diene, die aufgrund der Insolvenzeröffnung im Ausland zur ausländischen Insolvenzmasse gehöre. Das Vorgehen unterstütze somit letztlich die zwangsweise Verwertung eines Insolvenzmassebestandteils und sei daher dem Zweck nach als Vollstreckungshandlung zu qualifizieren.⁴⁴⁶
- 150 Gegen diese Ansicht könnte vorgebracht werden, dass nur auf die jeweils einzelne Handlung abgestellt werden dürfe, d.h. vorliegend auf die Prozessführung. Diese habe für sich genommen keine vollstreckungsrechtliche Wirkung. Auch bei Gutheissung einer durch einen ausländischen Insolvenzverwalter erhobenen Klage müsse nicht zwangsläufig eine Vollstreckung folgen, auch wenn dies meist der Fall sei. Die automatische Qualifikation der Prozessführung als Vollstreckung(-shandlung) würde zur Vermischung des Zwecks von Erkenntnisverfahren und der effektiven Vollstreckung führen. Das Territorialitätsprinzip könne daher allein durch die Beteiligung eines

⁴⁴⁴ In diesem Sinne führte das Bundesgericht aus: «In der Tat ist weder die Forderungsanmeldung noch die Einreichung einer Kollokationsklage per se ein hoheitlicher Akt. Dies erhellt allein schon daraus, dass eine nicht-konkursite ausländische Gesellschaft eine solche Handlung in der Schweiz ohne weiteres vornehmen kann» (BGE 137 III 570, 575).

⁴⁴⁵ BGE 139 III 236, 239 f.; BGE 137 III 631, 634.

⁴⁴⁶ OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 338; OBERHAMMER, Urteilsbesprechung, S. 433.

ausländischen Insolvenzverwalters an einem Verfahren über in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners nicht beeinträchtigt werden.

Geht man jedoch von einem objektbezogenen Verständnis des Territorialitätsprinzips, d.h. von einer Anknüpfung am Objekt der Vollstreckung,⁴⁴⁷ aus, dann stellt die Prozessführung durch einen ausländischen Insolvenzverwalter keine hoheitliche Handlung dar. Jedoch dient sie im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG im Ergebnis dem Zugriff auf in der Schweiz gelegenes Vermögen des ausländischen Gemeinschuldners und ist damit Ausfluss ausländischer Vollstreckungsgewalt. In Anbetracht des in der Schweiz geltenden gelockerten Territorialitätsprinzips ist daher die Einschränkung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten, soweit Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners betroffen sind, legitim. 151

III. Prozessführungsbefugnis ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG

1. Einleitende Bemerkungen

Bereits ausgeführt wurde,⁴⁴⁸ dass das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung die Frage offengelassen hat, «[w]ie es sich mit der Prozessführungsbefugnis»⁴⁴⁹ ausländischer Insolvenzverwalter «ausserhalb der von Art. 166 ff. IPRG erfassten Konstellation allgemein verhält»⁴⁵⁰. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum 11. Kapitel des IPRG⁴⁵¹ kann somit nicht zwangsläufig der Schluss gezogen werden, dass ausländische Insolvenzverwalter im Übrigen, d.h. soweit keiner der durch das 11. Kapitel des IPRG gedeckten Fälle vorliegt, in der Schweiz generell nicht zur Prozessführung befugt sind. In der Lehre wird denn auch vereinzelt darauf hingewiesen, dass es nicht zutreffe, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter 152

⁴⁴⁷ Vgl. DOMEJ, Haftungsverwirklichung, S. 218.

⁴⁴⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 79.

⁴⁴⁹ BGE 139 III 236, 242.

⁴⁵⁰ BGE 139 III 236, 242.

⁴⁵¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 87 f.

in der Schweiz ausnahmslos keine Prozesse führen könne.⁴⁵² Ein Ausnahmefall sei zum Beispiel gegeben, wenn die durchzusetzende *Forderung nicht in der Schweiz belegen* sei, jedoch ein Gerichtsstand in der Schweiz bestehe.⁴⁵³ Diese Situation könne dann vorliegen, wenn ein zwischen dem Gemeinschuldner und einer Drittpartei vor der Insolvenzeröffnung abgeschlossener Vertrag eine Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten schweizerischer Gerichte enthalte, während die vom Gerichtsverfahren betroffene Forderung (oder ein anderer betroffener Vermögenswert) ausserhalb der Schweiz gelegen sei.⁴⁵⁴

- 153 Überdies wird in der Lehre (zuweilen) vertreten, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter, soweit dafür ein Gerichtsstand in der Schweiz besteht, zur Durchsetzung der von ihm im Rahmen der Verwaltung der ausländischen Insolvenzmasse *begründeten Insolvenzmasseforderungen* vor schweizerischen Gerichten prozessführungsbefugt sei.⁴⁵⁵ In solchen Konstellationen sei nämlich nicht die Verwertung von in der Schweiz gelegenen Vermögenswerten des ausländischen Gemeinschuldners betroffen, für deren Verwaltung und Verwertung ausschliesslich das schweizerische Konkursamt zuständig sei, sondern es handle sich um die gerichtliche Geltendmachung einer durch einen ausländischen Insolvenzverwalter vertraglich begründeten Forderung.⁴⁵⁶ Dementsprechend seien Insolvenzmasseforderungen nicht vom An-

⁴⁵² OBERHAMMER, Urteilsbesprechung, S. 436, weist darauf hin, dass jedoch in der Literatur in verkürzter Wiedergabe der Rechtsprechung dieser Eindruck erweckt werde. Vgl. auch Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 166 N 17; GASSMANN/BOMMER, Rz. 14.86; JAKOB, Rz. 45; OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 340. Wohl zu allgemein: BÜRGI, Verfahren und Anerkennung, S. 81: «Demnach kann er [der ausländische Insolvenzverwalter] namentlich Prozesse in der Schweiz zu Gunsten einer ausländischen Konkursmasse führen, wie dies jeder beliebigen ausländischen Privatperson erlaubt ist.» GOTTWALD, Annexverfahren, S. 257, spricht sich für die Befugnis ausländischer Insolvenzverwalter aus, in der Schweiz eine Klage auf Schadenersatz wegen Insolvenzverschleppung zu erheben. Vgl. auch MEIER, IZPR, S. 204 f., nach dessen Ansicht die Führung von Zivilprozessen durch ausländische Insolvenzverwalter möglich sein muss, «wenn und soweit sie mit dem Institut des Sekundärkonkurses vereinbar sind».

⁴⁵³ OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 340; OBERHAMMER, Urteilsbesprechung, S. 436. Vgl. auch Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 166 N 17; GASSMANN/BOMMER, Rz. 14.86; KUHN, S. 41; KUHN/JAKOB, Rz. 25.

⁴⁵⁴ Vgl. KUHN, S. 41; KUHN/JAKOB, Rz. 25 f.

⁴⁵⁵ OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 340; OBERHAMMER, Urteilsbesprechung, S. 436. Im Ergebnis auch BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 N 49a.

⁴⁵⁶ OBERHAMMER, Urteilsbesprechung, S. 437.

wendungsbereich der Art. 166 ff. IPRG erfasst.⁴⁵⁷ In der Lehre wird vor diesem Hintergrund dafür plädiert, dass ausländischen Insolvenzverwaltern die Prozessführungsbefugnis für die klageweise Geltendmachung solcher Forderungen zukommen müsse.⁴⁵⁸

Gesamthaft ist davon auszugehen, dass stets ein Anwendungsfall ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG gegeben ist, wenn keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners durch die Prozessführung eines ausländischen Insolvenzverwalters vor schweizerischen Gerichten betroffen sind. 154

2. Bestimmung des Bestandes und der Wirkungen der Prozessführungsbefugnis

Im Hinblick auf die durch das Bundesgericht bisher nicht geklärte Rechtsfrage, ob ausländische Insolvenzverwalter ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG vor schweizerischen Gerichten prozessführungsbefugt sind, müssen der Bestand und die etwaigen Wirkungen einer solchen Prozessführungsbefugnis untersucht werden. Dabei ist die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters vor schweizerischen Gerichten auch ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG als Prozessführungsbefugnis kraft formellen Rechts zu qualifizieren, womit sich diese nach der *lex fori processus*, d.h. nach schweizerischem Recht, richtet.⁴⁵⁹ 155

Der schweizerischen Rechtsordnung ist keine Vorschrift zu entnehmen, welche den Bestand und die etwaigen Wirkungen der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG regelt. Es stellt sich somit die Frage, ob in Bezug auf diese Konstellationen eine (echte) Gesetzeslücke vorliegt. 156

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes besteht eine Lücke in einem Gesetz, «wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede 157

⁴⁵⁷ Im Ergebnis: BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 N 49a; JAKES, S. 28; KUHN, S. 39; MABILLARD, Urteilscommentar 2012, S. 42 f.; OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 340; OBERHAMMER, Urteilsbesprechung, S. 436 f.

⁴⁵⁸ Vgl. BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 N 49a; MABILLARD, Urteilscommentar 2012, S. 42 f.; OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 340; OBERHAMMER, Urteilsbesprechung, S. 436 f.

⁴⁵⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 83.

Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt»⁴⁶⁰. Hingegen bleibt nach der Praxis des Bundesgerichtes «kein Raum für richterliche Lückenfüllung»⁴⁶¹, wenn «der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen)»⁴⁶² hat.⁴⁶³ Sodann liegt nach der stetigen Praxis des Bundesgerichtes eine (echte) Gesetzeslücke, die durch das Gericht zu füllen ist, «nur dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann»⁴⁶⁴.

- 158 In Bezug auf die sich vorliegend stellende Frage des Bestandes und der Wirkungen der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG kann weder dem 11. Kapitel des IPRG noch den übrigen Bestimmungen des IPRG oder einem anderen schweizerischen Gesetz dem Wortlaut nach oder nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden,⁴⁶⁵ obwohl sich eine gesetzliche Regelung der Thematik aufdrängen würde und in der Rechtsanwendungspraxis dringend erforderlich wäre. Es ist daher von einer echten Gesetzeslücke auszugehen. Bei Bestehen einer solchen echten Gesetzeslücke ist nach der in Art. 1 Abs. 2 ZGB statuierten Regel vorzugehen:⁴⁶⁶ «Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.»

⁴⁶⁰ BGE 141 III 43, 45. Vgl. auch BGE 140 III 206, 213; BGE 139 II 404, 416 f.; BGE 138 II 1, 3; BGE 135 III 385, 386.

⁴⁶¹ BGE 141 III 43, 45.

⁴⁶² BGE 141 III 43, 45.

⁴⁶³ BGE 141 III 43, 45; BGE 140 III 206, 213; BGE 139 II 404, 416 f.; BGE 138 II 1, 3; BGE 135 III 385, 386.

⁴⁶⁴ BGE 141 III 43, 45. Vgl. auch BGE 140 III 206, 213; BGE 139 II 404, 416 f.; BGE 138 II 1, 3.

⁴⁶⁵ Vgl. zu diesen, für das Vorliegen einer echten Gesetzeslücke, notwendigen Voraussetzungen: BGE 141 III 43, 45; BGE 140 III 206, 213; BGE 139 II 404, 416 f.; BGE 138 II 1, 3; BGE 136 III 96, 99 f.; BGE 128 I 34, 42; BGE 121 III 219, 225; BGE 108 Ib 78, 82; BGE 103 Ia 501, 502 f.; BGE 100 Ib 137, 157 f.

⁴⁶⁶ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Rz. 169 sowie Rz. 180. Vgl. auch BGE 126 III 128, 138. Vgl. zudem zur Feststellung, dass echte Lücken zu füllen sind, jedoch ohne (direkten) Verweis auf Art. 1 Abs. 2 ZGB: BGE 138 II 1, 3; BGE 136 III 96, 100; BGE 128 I 34, 42; BGE 121 III 219, 226.

Weder aus der Literatur noch aus der Rechtsprechung oder aus sonstigen Quellen⁴⁶⁷ können Hinweise für eine über längere Zeit andauernde, ununterbrochene und auf Rechtsüberzeugung beruhende Übung⁴⁶⁸ und damit einen gewohnheitsrechtlichen Rechtssatz ermittelt werden, dass ausländischen Insolvenzverwaltern, soweit keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des Gemeinschuldners betroffen sind, die Prozessführungsbefugnis vor schweizerischen Gerichten (uneingeschränkt) zukommen soll. 159

Besteht kein Gewohnheitsrecht, dann ist die sich stellende Frage nach der Regel zu entscheiden, die ein Gericht in einem entsprechenden Streitfall als Gesetzgeber aufstellen würde (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes bedeutet dies Folgendes: «Richterliche Lückenfüllung besteht in der Bildung einer Rechtsregel in umfassender Würdigung der generell-abstrakten Interessenlage unter dem Gesichtspunkt der Realien, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit [...]. Zudem gilt es, das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung zu beachten. Die richterliche Rechtsregel soll sich nach Möglichkeit in das vorgegebene System einpassen, dem Gedanken Rechnung tragend, dass gleichgelagerte Rechtsfragen ohne Not nicht unterschiedlich beantwortet werden sollten. Die Lückenfüllung ist damit auf den Weg der Analogie verpflichtet, auf die Gesetzesanalogie wenn eine positive Norm Gleichwertiges regelt, auf die Rechtsanalogie wenn eine solche Norm fehlt, aber aus dem Geist der positiven Rechtsordnung ein Prinzip auszumachen ist, welches regelfähig umgesetzt werden kann [...].»⁴⁶⁹ Die richterliche Rechtsregel darf demnach nicht in Widerspruch zur bestehenden Rechtsordnung stehen.⁴⁷⁰ 160

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Begriff der echten Gesetzeslücke und zum Vorgehen bei der richterlichen Lückenfüllung sollen nachfolgend der Bestand und die etwaigen Wirkungen der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter in der Schweiz ausserhalb der Regelung im 11. Kapitel des IPRG betrachtet werden. 161

⁴⁶⁷ Vgl. dazu BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTER, Art. 1 N 421; HAUSHEER/JAUN, Art. 1 N 34; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 22.

⁴⁶⁸ Vgl. zu dieser Voraussetzung: TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 5 Rz. 21. Vgl. auch BGE 119 Ia 59, 62.

⁴⁶⁹ BGE 126 III 129, 138.

⁴⁷⁰ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 5 Rz. 31.

A. Bestand

- ¹⁶² Zunächst ist die Bildung einer möglichen Rechtsregel hinsichtlich der Frage des Bestandes der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG zu untersuchen. In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, ob eine analoge Anwendung der Art. 166 ff. IPRG in Frage kommt⁴⁷¹ sowie ob aufgrund bestehender gesetzlicher Regelungen und Prinzipien der Bestand der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter allgemein ausgeschlossen werden muss⁴⁷². Anschliessend erfolgt eine Prüfung, ob im Falle des Bestandes der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters diese nur unter der Voraussetzung der (inzidenten) Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes gewährt werden kann.⁴⁷³

a) *Analoge Anwendung der Art. 166 ff. IPRG?*

- ¹⁶³ Sachverhalte, bei denen nicht in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners durch Handlungen eines ausländischen Insolvenzverwalters auf schweizerischem Staatsgebiet betroffen sind, entsprechen bei einer teleologischen Betrachtung nicht den in den Art. 166 ff. IPRG geregelten Tatbeständen, sondern unterscheiden sich von diesen in einem wesentlichen Aspekt.⁴⁷⁴ Bei den betreffenden Sachverhalten geht es gerade nicht um die Realisierung von in der Schweiz gelegenen, dem ausländischen Gemeinschuldner zugehörigen Vermögenswerten sowie um deren Aushändigung an den ausländischen Insolvenzverwalter resp. die ausländische Insolvenzmasse; es ergeben sich letztlich keine Auswirkungen auf solche in der Schweiz gelegene Aktiven. Zu bedenken ist überdies, dass mit der Regelung in den Art. 166 ff. IPRG für das in der Schweiz befindliche Vermögen eines Gemeinschuldners, über den im Ausland ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, eine dem schweizerischen Recht angemessene Verteilung ermöglicht werden soll.⁴⁷⁵ Der mit dem 11. Kapitel des IPRG verfolgte

⁴⁷¹ Vgl. dazu nachstehend Rz. 163.

⁴⁷² Vgl. dazu nachstehend Rz. 164 ff.

⁴⁷³ Vgl. dazu nachstehend Rz. 176 ff.

⁴⁷⁴ Vgl. zum für den Analogieschluss notwendigen Erfordernis, dass «in wesentlicher Beziehung» ein gleicher oder ähnlicher Tatbestand besteht: HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Rz. 207.

⁴⁷⁵ Botschaft IPRG, S. 287.

Regelungszweck, der den Schutz schweizerischer Gläubiger beabsichtigt,⁴⁷⁶ rechtfertigt sich ausserhalb des Anwendungsbereiches der Art. 166 ff. IPRG nicht, wenn gerade keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners betroffen sind. Aufgrund dieser erheblichen Unterschiede entspricht der zu beurteilende Sachverhalt bzw. Tatbestand nicht dem «Wertmuster»⁴⁷⁷ resp. «Wertungssystem»⁴⁷⁸ der Art. 166 ff. IPRG. Folglich sind sachlich und/oder rechtlich nicht zu rechtfertigende Wertungsinkonsequenzen durch eine analoge Anwendung des 11. Kapitels des IPRG auf die betreffenden Sachverhalte zu vermeiden.⁴⁷⁹ Eine analoge Anwendung der Art. 166 ff. IPRG auf die Frage des Bestandes der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG rechtfertigt sich daher nicht.

b) *Ausschluss als Folge des Territorialitätsprinzips?*

Bereits hingewiesen wurde darauf,⁴⁸⁰ dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung für das schweizerische internationale Konkursrecht vom passiven Territorialitätsprinzip ausgeht, welches durch das 11. Kapitel des IPRG eine Auflockerung erfahren hat.⁴⁸¹ Nur unter gewissen, im 11. Kapitel des IPRG eng definierten Voraussetzungen⁴⁸² wird einem ausländischen Insolvenzverfahren in der Schweiz eine gewisse Wirkung zugesprochen.⁴⁸³ In Bezug auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG stellt sich somit die

⁴⁷⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60.

⁴⁷⁷ KRAMER, S. 214.

⁴⁷⁸ WALTER, S. 227.

⁴⁷⁹ Vgl. HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Rz. 207, wonach durch die «Gesetzesanalogie eine Wertungskonsequenz gesucht» wird. Vgl. KRAMER, S. 214 m.V.a. WALTER, S. 227, zu dem für den Analogieschluss notwendigen Erfordernis, dass «der zu beurteilende, nicht geregelte Sachverhalt dem der fraglichen gesetzlichen Vorschrift zugrunde liegenden «Wertmuster» entspricht, so dass es dem positiven Gleichheitssatz (Gleiches gleich zu behandeln) entspricht, ihn auch analog (sinngemäss gleich) zu beurteilen und damit «Widerspruchsfreiheit im» gesetzlichen «Wertungssystem» zu garantieren». Vgl. auch WALTER, S. 227 (vor dem Hintergrund von BGE 123 III 292, 297): «Regelhaftigkeit fordert indessen nicht nur Wiederholbarkeit der Rechtsanwendung, sondern auch Widerspruchsfreiheit im Wertungssystem.»

⁴⁸⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60.

⁴⁸¹ Vgl. BGE 137 III 570, 572; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1.

⁴⁸² Vgl. dazu vorstehend im Detail Rz. 61 ff.

⁴⁸³ BGE 137 III 570, 572. Vgl. auch Botschaft IPRG, S. 450.

Frage, ob das Territorialitätsprinzip dem Bestand der Prozessführungsbefugnis in diesen Sachverhaltskonstellationen entgegensteht, denn das (passive) Territorialitätsprinzip schliesst hoheitliches Handeln ausländischer Insolvenzverwalter auf schweizerischem Territorium aus.⁴⁸⁴ Vor diesem Hintergrund ist zu untersuchen, ob in den vorliegend diskutierten Fällen die Prozessführung durch einen ausländischen Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten als hoheitliche Handlung einzustufen ist.⁴⁸⁵

- 165 Hoheitliches Handeln ist einseitiges staatliches Handeln, das sich aus der Überordnung des Staates ergibt und mit dem die Möglichkeit der Ausübung staatlicher Anordnungs- und Zwangsbefugnisse verbunden ist.⁴⁸⁶ Die Tätigkeit von Gerichten und Behörden ist entsprechend als hoheitlich zu qualifizieren,⁴⁸⁷ soweit dabei einseitige Anordnungen getroffen oder Zwangsmittel eingesetzt werden können, unabhängig davon, ob tatsächlich Zwang ausgeübt wird.⁴⁸⁸ In diesem Sinne wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass auch die Tätigkeit einer (schweizerischen) Konkursverwaltung eine hoheitliche Tätigkeit darstelle.⁴⁸⁹ Ergänzend ist dazu festzuhalten, dass wohl nicht jeder Handlung einer Konkursverwaltung hoheitlicher Charakter zukommt, sondern dies nur soweit der Fall ist, als sie in ihrer Funktion als übergeordnetes Organ des Staates auftritt und Regelungs- oder Zwangsbefugnisse, z.B. durch den Erlass von Verfügungen, ausübt. Aus schweizerischer Sicht werden denn auch Handlungen eines ausländischen Insolvenzverwalters auf schweizerischem Territorium als hoheitlich angesehen.⁴⁹⁰ Infolgedessen werden sie mit Verweis auf das Territorialitätsprinzip grundsätzlich pauschal

⁴⁸⁴ Vgl. allgemein zum Verbot des hoheitlichen Tätigwerdens ausländischer Insolvenzverwalter in der Schweiz: NEURONI NAEF/NAEF, S. 1400; WALTHER, Allgemeiner Überblick, S. 5; WALTHER, Grundlagen, S. 61; WALTHER, Paulianische Anfechtungsansprüche, S. 83.

⁴⁸⁵ Vgl. zur ähnlichen Fragestellung für den Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG vorstehend Rz. 144 ff.

⁴⁸⁶ Vgl. BSK StGB II-HEIMGARTNER, Art. 287 N 3; BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 16; ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 271 StGB N 6; GAUTHEY/MARKUS, Zivile Rechtshilfe, S. 370; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 30; JAAG, S. 633.

⁴⁸⁷ Vgl. in Bezug auf Gerichte: WALTER/DOMEJ, S. 74.

⁴⁸⁸ JAAG, S. 636. Vgl. auch GAUTHEY/MARKUS, Zivile Rechtshilfe, S. 371.

⁴⁸⁹ BÜRGI, Verfahren und Anerkennung, S. 80; JAAG, S. 636; LORANDI, Bankengesetzliches Insolvenzrecht, S. 504.

⁴⁹⁰ Vgl. BÜRGI, Verfahren und Anerkennung, S. 80.

als unzulässig erachtet.⁴⁹¹ Dabei wird weder auf die einzelne Handlung abgestellt noch wird berücksichtigt, ob nach der *lex fori concursus* die Tätigkeit von Insolvenzverwaltern überhaupt als hoheitliches Handeln eingestuft wird.⁴⁹²

Die an dieser Stelle zu betrachtende Konstellation der Prozessführung durch einen ausländischen Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten bedarf mit Blick auf das Territorialitätsprinzip einer eingehenden Betrachtung. 166

Im Rahmen einer Prozessführung unterwirft sich der ausländische Insolvenzverwalter den schweizerischen Gerichten zur Entscheidung, d.h. die Gerichte treten dem ausländischen Insolvenzverwalter gegenüber hoheitlich auf.⁴⁹³ Dementsprechend kann seitens des ausländischen Insolvenzverwalters keine hoheitliche Tätigkeit vorliegen;⁴⁹⁴ er kann im Rahmen der Prozessführung gerade keine Befehls- oder Zwangsbefugnisse⁴⁹⁵ ausüben. 167

Darüber hinaus ist Folgendes zu bedenken: Einem ausländischen Insolvenzverfahren kommen verschiedene materiell-rechtliche⁴⁹⁶, aber auch vollstreckungsrechtliche Wirkungen zu.⁴⁹⁷ Letztere zielen im Ergebnis darauf ab, die Vermögenswerte des Gemeinschuldners mit Beschlag zu belegen, d.h. die Verfügungsmacht des Gemeinschuldners einzuschränken und die Vermögenswerte zugunsten der Gläubiger zu verwerten.⁴⁹⁸ Dies gilt in der Regel – aus Sicht der *lex fori concursus* – nicht nur für die im Staat der Insolvenzeröffnung gelegenen Aktiven, sondern auch für ausserhalb des Insolvenzeröff-

⁴⁹¹ Vgl. BÜRGI, Verfahren und Anerkennung, S. 80; STAEHELIN, Konkurs im Ausland, S. 409. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen zu den fehlenden Rechtsverfolgungsbefugnissen ausländischer Insolvenzverwalter in vorstehend Rz. 87 f.

⁴⁹² So ist z.B. nach deutscher Rechtsauffassung ein Insolvenzverwalter kein Hoheitsträger (Schmidt-STERNAL, § 80 N 19; KLUTH, S. 353).

⁴⁹³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 144.

⁴⁹⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 144.

⁴⁹⁵ Nach OBERHAMMER, Aktuelle Probleme, S. 118 gehört «die Ausübung von Vollstreckungszwang [...] zum «harten Kern» territorialer Souveränität».

⁴⁹⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 71 ff.

⁴⁹⁷ Vgl. STAEHELIN, Anerkennung, S. 15 ff.; THEUS SIMONI, Konkursverwalter, S. 255 ff. Im Ergebnis auch BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 N 42 f. Kritisch zu dieser begrifflichen Unterscheidung: HANISCH, Vollstreckung, S. 27 f. M.E. können ausländische Insolvenzverfahren auch weitere «Arten» von Wirkungen haben.

⁴⁹⁸ Vgl. BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 N 8; STAEHELIN, Anerkennung, S. 15.

nungsstaates gelegene Vermögenswerte.⁴⁹⁹ Vollstreckungsrechtliche Wirkungen eines ausländischen Insolvenzverfahrens können als Folge des Territorialitätsprinzips ausschliesslich im Rahmen von Art. 166 ff. IPRG berücksichtigt werden.⁵⁰⁰

- 169 Wie bereits ausgeführt wurde,⁵⁰¹ sind materiell-rechtliche Wirkungen eines ausländischen Insolvenzverfahrens in der Schweiz ungeachtet einer (formellen) Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes (Art. 166 Abs. 1 IPRG) zu berücksichtigen, sofern die diesbezüglichen (Anerkennungs-)Voraussetzungen⁵⁰² erfüllt sind. Diese Anerkennungs- bzw. Berücksichtigungsfähigkeit materiell-rechtlicher Wirkungen zeigt einerseits, dass einem ausländischen Insolvenzverfahren ausserhalb des Anwendungsbereiches der Art. 166 ff. IPRG nicht generell die Wirkung versagt wird, und andererseits, dass gewissen Wirkungen eines ausländischen Insolvenzverfahrens durch das schweizerische Recht Rechnung getragen wird bzw. getragen werden kann.
- 170 Die Prozessführung eines ausländischen Insolvenzverwalters vor schweizerischen Gerichten hat – jedenfalls ausserhalb des Anwendungsbereiches der Art. 166 ff. IPRG – keine Beschlagswirkung auf in der Schweiz gelegene Aktiven des ausländischen Gemeinschuldners. Es besteht folglich in der hier besprochenen Konstellation auch keine Gefahr, dass in der Schweiz gelegenes Insolvenzhaftungssubstrat an die ausländische Insolvenzmasse abgeführt wird. Durch eine solche Prozessführung eines ausländischen Insolvenzverwalters vor schweizerischen Gerichten können daher grundsätzlich keine vollstreckungsrechtlichen Wirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens in der Schweiz eintreten.⁵⁰³ Dies gilt auch, wenn man in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum 11. Kapitel des IPRG auf den

⁴⁹⁹ So erfasst die Insolvenzmasse meist auch die ausserhalb des Insolvenzeröffnungsstaates gelegenen Vermögenswerte. Vgl. für die Schweiz: Art. 197 SchKG; BSK SchKG II-WOLFFART MEYER, Art. 204 N 3; Hunkeler-STÖCKLI/POSSA, Art. 204 N 5. Vgl. für Deutschland: § 35 Abs. 1 InsO; Braun-BÄUERLE, § 35 N 3; MünchKomm InsO I-PETERS, § 35 N 36.

⁵⁰⁰ STAEHELIN, Anerkennung, S. 18 f.

⁵⁰¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 70 ff.

⁵⁰² Vgl. dazu vorstehend Rz. 72.

⁵⁰³ Offen bleiben kann im Übrigen die Frage, um was für eine sonstige «Art» von Wirkung es sich bei der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters handelt.

Zweck der in Frage stehenden Klage abstellt.⁵⁰⁴ Für die an dieser Stelle relevanten Tatbestände bzw. Sachverhalte wird mit dem Gerichtsverfahren nicht die Vergrösserung des Insolvenzmassesubstrats um in der Schweiz gelegene Vermögenswerte des Gemeinschuldners angestrebt. Daher handelt es sich im Ergebnis nicht um die zwangsweise Verwertung von auf hiesigem Territorium gelegenen Insolvenzmassebestandteilen, die als Vollstreckung qualifiziert werden könnte.

In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen kann somit ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG alleine durch die Prozessführung eines ausländischen Insolvenzverwalters vor schweizerischen Gerichten noch keine Verletzung des Territorialitätsprinzips erfolgen. Das im internationalen Insolvenzrecht der Schweiz vorherrschende gelockerte passive Territorialitätsprinzip steht dementsprechend dem Bestand der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter, soweit keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners betroffen sind, nicht entgegen.⁵⁰⁵

c) *Ausschluss als Folge von verbotenen Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 Ziff. 1 StGB)?*

Wegen einer verbotenen Handlung für einen fremden Staat macht sich nach Art. 271 Ziff. 1 StGB strafbar, wer auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen (Abs. 1), wer solche Handlungen für eine ausländische Partei oder eine andere Organisation des Auslandes vornimmt (Abs. 2) oder wer solchen Handlungen Vorschub leistet (Abs. 3). Art. 271 Ziff. 1 StGB dient der Verhinderung der Ausübung fremder Staatsgewalt auf schweizerischem Boden sowie dem Schutz der Souveränität der Schweiz und des staatlichen Machtmonopols.⁵⁰⁶ Staatliche Handlungen sollen auf dem Gebiet der Schweiz alleine durch die zuständigen schweizerischen Be-

⁵⁰⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang zur sog. finalen Betrachtungsweise: BGE 139 III 236, 239; BGE 137 III 631, 635.

⁵⁰⁵ Vgl. Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 166 N 17; GASSMANN/BOMMER, Rz. 14.86.

⁵⁰⁶ BGer v. 06.11.2008, 6B_402/2008, Erw. 2.3.2.

hörden vorgenommen werden, mit Ausnahme etwaiger bewilligter ausländischer Akte (vgl. Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB).⁵⁰⁷

- 173 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfasst Art. 271 Ziff. 1 StGB jede Handlung, die nach ihrem «Wesen und Zweck sich als Amtstätigkeit charakterisiert»⁵⁰⁸. Die Einordnung als Amtstätigkeit hat dabei nach schweizerischer Rechtsauffassung zu erfolgen.⁵⁰⁹ Danach gilt als amtlich, was in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe erfolgt, wobei das mit der Handlung verfolgte Ziel massgebend ist.⁵¹⁰ Die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe muss dabei nicht zwingend mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sein.⁵¹¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist zudem massgeblich, ob die Handlung «ihrer Natur nach amtlichen Charakter trage und nicht die Person des Täters».⁵¹² Es kommt daher nicht darauf an, ob der Täter als Beamter zu qualifizieren ist.⁵¹³
- 174 In der Literatur wird hingegen vermehrt dafür plädiert, dass die nach Art. 271 Ziff. 1 StGB verbotene amtliche Handlung zwingend auch in Ausübung hoheitlicher Funktionen für einen fremden Staat erfolgen und damit hoheitlicher Natur⁵¹⁴ sein müsse.⁵¹⁵ Im Sinne dieses restriktiven Verständnis-

⁵⁰⁷ BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 8. Vgl. auch GAUTHEY/MARKUS, L'entraide judiciaire internationale, Rz. 130.

⁵⁰⁸ BGE 114 IV 128, 130. Vgl. auch BGE 65 I 39, 43 f.; BGer v. 06.11.2008, 6B_402/2008, Erw. 2.3.2.

⁵⁰⁹ BGE 114 IV 128, 130; BGE 65 I 39, 44.

⁵¹⁰ BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 15; ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 271 StGB N 6; Donatsch, S. 590.

⁵¹¹ GAUTHEY/MARKUS, Zivile Rechtshilfe, S. 369.

⁵¹² BGE 114 IV 128, 130. Vgl. auch BGE 65 I 39, 43 f.; BGer v. 06.11.2008, 6B_402/2008, Erw. 2.3.2.

⁵¹³ BGE 114 IV 128, 130 f. Vgl. auch BGE 65 I 39, 44.

⁵¹⁴ Vgl. zum Begriff der hoheitlichen Handlung vorstehend Rz. 165.

⁵¹⁵ Vgl. BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 15; ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 271 StGB N 6; Trechsel/Pieth-TRECHSEL/VEST, Art. 271 N 2; DONATSCH/WOHLERS, S. 332; GAUTHEY/MARKUS, L'entraide judiciaire internationale, Rz. 144. Vgl. auch GAUTHEY/MARKUS, Zivile Rechtshilfe, S. 369 sowie S. 371. Für diese Auslegung spricht auch der Wortlaut des französisch- («[...] des actes qui relèvent des *pouvoirs publics* [...]») sowie des italienisch-sprachigen («[...] atti che spettano a *poteri pubblici* [...]») [Kursivdruck hinzugefügt] Gesetzestextes von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (vgl. dazu GAUTHEY/MARKUS, L'entraide judiciaire internationale, Rz. 114). Zu allgemein: DONATSCH, S. 589 f.: «[...] Handlungen iure imperii, d.h. Handlungen mit hoheitlichem Charakter, also solche, denen nach ihrem Wesen und Zweck amtlicher Charakter zukommt [...]».

ses der verbotenen Handlungen für einen fremden Staat müssen mit der verbotenen Handlung gewisse, durch das ausländische Recht zugesprochene Macht- oder Gewaltbefugnisse verbunden sein.⁵¹⁶ Dieser Ansicht soll vorliegend gefolgt werden, da nicht-hoheitliche Amtshandlungen, die sich vorwiegend danach charakterisieren, dass sie in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe erfolgen,⁵¹⁷ die staatliche Souveränität sowie das staatliche Machtmonopol nicht beeinträchtigen können.⁵¹⁸ Sie können daher auch nicht vom Tatbestand nach Art. 271 Ziff. 1 StGB erfasst sein.

Wie im Vorstehenden dargestellt wurde,⁵¹⁹ stellt die Prozessführung durch einen ausländischen Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten keine hoheitliche Handlung dar.⁵²⁰ Unter Zugrundelegung der hier vertretenen Ansicht, wonach eine nach Art. 271 Ziff. 1 StGB tatbestandsmässige Handlung zwingend eine hoheitliche Amtshandlung sein muss,⁵²¹ macht sich folglich ein ausländischer Insolvenzverwalter im Rahmen einer solchen Prozessführung nicht nach Art. 271 Ziff. 1 StGB strafbar.⁵²²

d) Bestand der Prozessführungsbefugnis unter der Voraussetzung der vorfrageweisen Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes

Die Prozessführungsbefugnis steht einem Insolvenzverwalter als Folge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, für dessen Verwaltung er eingesetzt wurde, zu.⁵²³ Ein Insolvenzverwalter stützt seine Berechtigung zur Führung eines Prozesses daher grundsätzlich auf einem ausländischen insolvenzrechtlichen Entscheid. Folglich beruht die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen

⁵¹⁶ Auf schweizerischem Staatsgebiet kommen hingegen dem potentiellen Täter als Folge der Souveränität und des staatlichen Machtmonopols der Schweiz gerade keine staatlichen Macht- oder Gewaltbefugnisse zu (vgl. BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 16).

⁵¹⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 173.

⁵¹⁸ Vgl. BSK StGB II-HUSMANN, Art. 271 N 15; ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 271 StGB N 6.

⁵¹⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 144 ff. sowie Rz. 167.

⁵²⁰ Einzelne Stimmen in der Lehre sehen das Handeln eines ausländischen Insolvenzverwalters auf schweizerischem Territorium als vom Tatbestand des Art. 271 Ziff. 1 StGB erfasst (KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 178 sowie Rz. 208; vgl. auch OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 327; SCHWANDER, Entwicklungen, Rz. 53).

⁵²¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 174.

⁵²² In Bezug auf die sich stellende Rechtsfrage sind in erster Linie die nach Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB tatbestandsmässigen Handlungen («Handlungen [...], die einer Behörde oder einem Beamten zukommen») von Relevanz.

⁵²³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 83.

dischen Insolvenzverwalters auf einem ausländischen Hoheitsakt. Ist nun die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters in der hier besprochenen Konstellation nach schweizerischem Recht zulässig, beinhaltet dies die Anerkennung der durch das ausländische Recht erteilten Prozessführungsbefugnis. Dadurch erfolgt eine Wirkungsverleihung des ausländischen Insolvenzdekretes und damit eines ausländischen Entscheides für die Schweiz. Dafür ist stets eine Anerkennung des ausländischen Titels notwendig,⁵²⁴ wobei die vom Recht des Anerkennungsstaates vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt sein müssen.⁵²⁵

- 177 Im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG sind die Voraussetzungen dafür, dass einem ausländischen Insolvenzdekret in der Schweiz Wirkung verliehen wird, in Art. 166 Abs. 1 IPRG enthalten.⁵²⁶ Ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG ist hingegen unklar, welche Anforderungen für die Anerkennung eines Insolvenzdekretes in der Schweiz erfüllt sein müssen.⁵²⁷ Im Gegensatz zur Rechtslage nach Art. 166 Abs. 1 IPRG ist zumindest eine inzidente Anerkennung⁵²⁸ nicht zwingend ausgeschlossen.⁵²⁹ Soweit keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners von der Prozessführung betroffen sind, kann nämlich durch eine inzidente Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes das mit den Art. 166 ff. IPRG konzipierte System, welches insbesondere den Schutz bevorzogter (inländischer) Gläubiger bezweckt⁵³⁰ und mit dem letztlich der Ausschluss der inzidenten Anerkennung im Rahmen von Art. 166 ff. IPRG begründet wird⁵³¹, nicht ausgehöhlt werden. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, nach welchen Regeln eine solche inzidente Anerkennung zu erfolgen hat.
- 178 Eine direkte Anwendung des Art. 166 Abs. 1 IPRG ist im vorliegenden Fall ausgeschlossen, da der Anwendungsbereich der Art. 166 ff. IPRG auf die

⁵²⁴ Vgl. dazu DOMEJ, Haftungsverwirklichung, S. 193. Vgl. in diesem Zusammenhang auch AHRENS, S. 66 ff.

⁵²⁵ Vgl. WALTER/DOMEJ, S. 409.

⁵²⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 61.

⁵²⁷ Vgl. zu den Voraussetzungen für die Berücksichtigung materiell-rechtlicher Wirkungen vorstehend Rz. 72.

⁵²⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 64.

⁵²⁹ Gl.A. im Ergebnis: NEURONI NAEF/NAEF, S. 1409 f.

⁵³⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60.

⁵³¹ Vgl. BGE 137 III 631, 634; BGE 137 III 570, 574; BGE 134 III 366, 372 f. [Pra 97 (2008) Nr. 144, S. 930 ff.]; BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1.

Realisierung von in der Schweiz gelegenen, einem ausländischen Gemeinschuldner zugehörigen Vermögenswerten und die Abführung dieser an eine ausländische Insolvenzmasse beschränkt ist.⁵³² Ferner sind die allgemeinen Bestimmungen betreffend die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide in Art. 25 ff. IPRG ausschliesslich auf ausländische Titel in Zivilsachen anwendbar und damit nicht auf die hier thematisierten Entscheide in Insolvenzsachen.⁵³³ Mangels einer besonderen Regelung für die inzidente Anerkennung solcher Entscheide kann diese daher nur in sinngemässer Anwendung von Art. 166 Abs. 1 IPRG und der darin normierten Anerkennungsvoraussetzungen erfolgen, da die dort geregelten Situationen den vorliegend relevanten Sachverhalten zumindest in ihrer Grundstruktur im Wesentlichen entsprechen. In beiden Fällen geht es letztlich um die Anerkennung resp. Berücksichtigung von Wirkungen eines ausländischen Insolvenzverfahrens in der Schweiz. Eine voraussetzungslose Berücksichtigung wäre nicht gerechtfertigt, da für eine Wirkungsverleihung an ein ausländisches Insolvenzdekret die Einhaltung gewisser unentbehrlicher Grundsätze (wie z.B. die Vereinbarkeit mit dem *ordre public*) notwendig ist. Weitergehende Voraussetzungen, als die nach Art. 166 ff. IPRG erforderlichen, wären hingegen nicht vertretbar, da auch die Wirkungen der an dieser Stelle thematisierten Anerkennung bzw. Berücksichtigung nicht über die Wirkungen, der in Art. 166 ff. IPRG geregelten Fällen hinausgehen.

Folglich muss in Analogie zu den in Art. 166 Abs. 1 IPRG statuierten Voraussetzungen das ausländische Insolvenzdekret im (Wohn-)Sitzstaat des Gemeinschuldners ergangen (vgl. Art. 166 Abs. 1 IPRG) und vollstreckbar sein (Art. 166 Abs. 1 lit. a IPRG). Zudem darf kein Verweigerungsgrund nach Art. 27 IPRG vorliegen. Die Anerkennung des ausländischen Insolvenzentscheides darf daher nicht mit dem schweizerischen materiellen *ordre public* unvereinbar sein (Art. 166 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 IPRG). Daneben wäre eine Anerkennung zu verweigern, wenn diese eine Verletzung des schweizerischen formellen (verfahrensrechtlichen) *ordre public* bewirken würde (Art. 166 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 27 Abs. 2 IPRG). Auf das Erfordernis des Gegenrechts nach Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG ist hingegen zu verzichten. Zum einen sind die Eignung, Erforderlichkeit und Zweckdien-

⁵³² Vgl. dazu vorstehend Rz. 76 ff.

⁵³³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 140.

lichkeit dieser Anerkennungsvoraussetzung nicht unumstritten.⁵³⁴ Zum anderen greifen in der vorliegenden Konstellation nicht die das Gegenrecht rechtfertigenden Argumente (u.a. Verbesserung der zwischenstaatlichen Kooperationsbereitschaft⁵³⁵), da keine (eigentliche) Rechtshilfesituation besteht. Das Gegenrechtserfordernis würde daher lediglich dazu dienen, die Prozessführung durch ausländische Insolvenzverwalter in der Schweiz zu erschweren.

e) Fazit

- 180 Das schweizerische Recht steht dem (uneingeschränkten) Bestand der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten, soweit keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners von der Prozessführung betroffen sind, im Grundsatz nicht entgegen. Mit Bezug auf die für diesen Fall zu bildende Rechtsregel ist daher vom grundsätzlichen Bestand der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG auszugehen.⁵³⁶ Die inzidente Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes ist jedoch in jedem Fall Voraussetzung für die Zuerkennung der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters vor schweizerischen Gerichten.

B. Wirkungen

- 181 Der im Gegensatz zur Rechtslage nach Art. 166 ff. IPRG grundsätzlich uneingeschränkte Bestand der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter hat die von der schweizerischen *lex fori processus* zugesprochenen Wirkungen der Prozessführungsbefugnis zur Folge. Ein ausländischer Insolvenzverwalter verfügt daher im Prinzip über eine unlimitierte Prozessführungsbefugnis vor schweizerischen Gerichten;⁵³⁷ er ist zusätzlich

⁵³⁴ Vgl. Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4135; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 8; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 166 N 13; BREITENSTEIN, Rz. 375 ff.; HANISCH, Gegenrecht, S. 4 ff.; STAEHELIN, Anerkennung, S. 65 ff. Im Rahmen des E-IPRG wird denn auch der Verzicht auf das Gegenrecht vorgeschlagen (vgl. Art. 166 Abs. 1 E-IPRG; Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4135; vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 6 und S. 8).

⁵³⁵ Botschaft IPRG, S. 451.

⁵³⁶ Vgl. JAKOB, Rz. 45. Im Ergebnis gl.A.: Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 166 N 17; GASSMANN/BOMMER, Rz. 14.86; OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 340; OBERHAMMER, Urteilsbesprechung, S. 436 f.

⁵³⁷ Vgl. JAKOB, Rz. 45.

zur prozessualen Geltendmachung von materiell-rechtlichen Ansprüchen und der Abwehr von behaupteten materiell-rechtlichen Ansprüchen auch zur Geltendmachung von prozessualen Rechten sowie zur Abwehr von behaupteten prozessualen Rechten befugt. Ein ausländischer Insolvenzverwalter ist daher ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG beispielsweise (prozessführungs-)befugt vor schweizerischen Gerichten eine Klage anhängig zu machen.

Ungeachtet dessen muss in einem entsprechenden Verfahren vor schweizerischen Gerichten, an dem ein ausländischer Insolvenzverwalter als Partei beteiligt ist, durch das Gericht sichergestellt werden, dass keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners durch das jeweilige Verfahren betroffen sind. So sind vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die konkreten Verhältnisse zu beachten, die Anlass zu einer Widerklage geben.⁵³⁸ Stehen diese in engem sachlichen Zusammenhang zu Bestrebungen des Insolvenzverwalters in der Schweiz gelegenes Vermögen in die ausländische Insolvenzmasse einzubeziehen⁵³⁹, dann ist auf eine Widerklage mangels Prozessführungsbefugnis des ausländischen Insolvenzverwalters nicht einzutreten.

Mit Blick auf die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters vor schweizerischen Gerichten für im Ausland gelegene Forderungen eines ausländischen Gemeinschuldners⁵⁴⁰ gegenüber einem im Ausland ansässigen Drittschuldner ist zu beachten, dass eine etwaige Vollstreckung in Vermögenswerte dieses Drittschuldners, die auf schweizerischem Territorium gelegen sind, (wohl) versagt werden muss. Zwar sind diesfalls nicht Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners durch die Vollstreckung betroffen, jedoch erfolgt im Ergebnis durch die Aushändigung von in der Schweiz gelegenen Aktiven des Drittschuldners an den ausländischen Insolvenzverwalter eine Vergrösserung der ausländischen Insolvenzmasse aus in der Schweiz gelegenen Vermögenswerten, ohne Berücksichtigung etwaiger Vorrechte schweizerischer Gläubiger. Für den Vollstreckungsfall müssen daher in solchen Konstellationen ebenfalls die Art. 166 ff. IPRG gelten, auch wenn zum einen die von der Vollstreckung erfassten Vermögenswerte in der Schweiz nicht dem ausländischen Gemeinschuldner gehören und zum anderen das dem Vollstreckungsverfahren zugrunde liegende

⁵³⁸ Vgl. BGE 139 III 236, 242 f.

⁵³⁹ BGE 139 III 236, 243.

⁵⁴⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 152.

Erkenntnisverfahren nicht vom Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG erfasst war.

IV. Fazit

1. Regelung der Prozessführungsbefugnis nach den Art. 166 ff. IPRG

- 184 Soweit in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners von prozessualen Handlungen betroffen sind, steht ausländischen Insolvenzverwaltern in der Schweiz nur eine äusserst beschränkte Prozessführungsbefugnis zu.⁵⁴¹ Insbesondere fehlen ihnen nahezu jegliche Rechtsverfolgungsbefugnisse.⁵⁴² Nur bei einer erfolgreichen Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes, gefolgt von der zwingenden Eröffnung und Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens, wird die Ergreifung von Rechtsverfolgungshandlungen möglich.⁵⁴³ Die Zuständigkeit dafür liegt dann aber bei der schweizerischen Sekundärkonkursmasse.⁵⁴⁴ Dieser zwingende Verfahrensablauf kann in mehrfacher Hinsicht negative Auswirkungen auf die Interessen ausländischer Insolvenzverwalter resp. ausländischer Insolvenzmassen und letztlich der Insolvenzgläubiger haben, darunter insbesondere auch auf jene schweizerischer Gläubiger, die im Sekundärkonkursverfahren keine bevorrechtigte Befriedigung erfahren.⁵⁴⁵ Mit Blick auf die prozessualen Befugnisse ausländischer Insolvenzverwalter hat das im IPRG vorgesehene System unter anderem die folgenden negativen Konsequenzen:
- 185 Unverzügliches prozessuales Handeln durch einen ausländischen Insolvenzverwalter, z.B. im Falle einer möglichen Gefährdung in der Schweiz gelegener Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners, ist nicht möglich. Zum einen kann ein ausländischer Insolvenzverwalter frühestens mit dem Gesuch auf Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes (vgl.

⁵⁴¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 90 ff.

⁵⁴² Vgl. dazu vorstehend Rz. 87.

⁵⁴³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 87.

⁵⁴⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 65 sowie Rz. 87.

⁵⁴⁵ Vgl. zu den negativen Folgen des Systems der Art. 166 ff. IPRG auch nachstehend Rz. 316.

Art. 166 Abs. 1 IPRG) den Erlass sichernder Massnahmen (vgl. Art. 168 IPRG) beantragen.⁵⁴⁶ Wird die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes abgelehnt, kann auch keine Sicherung der betroffenen Vermögenswerte erfolgen; allfällige bereits angeordnete Massnahmen verlieren ihre Wirksamkeit. Zum anderen liegt im Fall einer erfolgreichen Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes die Zuständigkeit für die Beantragung von sichernden Massnahmen nach Eröffnung des Sekundärkonkursverfahrens allein bei der Sekundärkonkursmasse.

Als Folge der zwingenden Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens (in 186 in der Praxis meist als summarisches Konkursverfahren im Sinne von Art. 231 SchKG⁵⁴⁷) liegt die Entscheidgewalt, ob etwaige prozessuale Handlungen – wie z.B. eine Klageerhebung – in der Schweiz zu ergreifen sind, in der Zuständigkeit des schweizerischen Konkursamtes (dies zumindest soweit für einen Anspruch keine Abtretung nach Art. 260 SchKG erfolgt⁵⁴⁸). Es besteht lediglich die Möglichkeit, dass der ausländische Insolvenzverwalter und das zuständige Konkursamt miteinander kooperieren. Durch eine solche Kooperation ist unter Umständen eine gewisse Einflussnahme durch den ausländischen Insolvenzverwalter auf die Verwaltung der schweizerischen Sekundärkonkursmasse möglich. Damit einhergehend kann insbesondere auch eine (indirekte) Einbindung des ausländischen Insolvenzverwalters in die Führung von Prozessen erfolgen, die wohl in den meisten Fällen die gerichtliche Geltendmachung einer in der Schweiz gelegenen Forderung des ausländischen Gemeinschuldners betreffen. Eine solche Kooperation dürfte häufig auch unumgänglich sein, da in der Regel nur der ausländische Insolvenzverwalter über die für die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruches notwendigen Informationen verfügt.

Das schweizerische Recht sieht hingegen hinsichtlich grenzüberschreitender 187 Insolvenzverfahren weder eine ausdrückliche Kooperationsbefugnis noch eine Kooperationspflicht schweizerischer Konkursämter vor.⁵⁴⁹ Es ist daher denkbar und grundsätzlich zulässig, dass ein Konkursamt ohne Rücksprache

⁵⁴⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 92.

⁵⁴⁷ Vgl. dazu nachstehend Rz. 312.

⁵⁴⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 93 f., Rz. 95 ff. sowie Rz. 102.

⁵⁴⁹ Vgl. für rein schweizerische Sachverhalte: Art. 4a Abs. 1 SchKG. Nach Art. 174b E-IPRG sollen bei Verfahren, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen, die beteiligten Behörden und Organe ihre Handlungen untereinander sowie mit ausländischen Behörden und Organen koordinieren können.

mit dem ausländischen Insolvenzverwalter oder ohne Berücksichtigung von Empfehlungen des ausländischen Insolvenzverwalters über die Vornahme von prozessualen Handlungen entscheidet. Einem ausländischen Insolvenzverwalter kann daher im ungünstigsten Fall jegliche Einflussnahme auf Handlungen des Konkursamtes in Bezug auf einzuleitende oder rechtshängige Prozesse, welche die schweizerische Sekundärkonkursmasse betreffen, verwehrt sein.

- 188 Die Beschränkung der einem ausländischen Insolvenzverwalter zustehenden Prozessführungsbefugnis bzw. seiner Rechtsverfolgungsbefugnisse ist insbesondere auch im Hinblick auf verjährungsunterbrechende Handlungen prozessualer Natur von Relevanz. Nach Art. 135 Ziff. 2 OR kann die Verjährung durch Schuldbetreibung, Schlichtungsgesuch, Klageerhebung oder Geltendmachung einer Einrede vor einem staatlichen Gericht oder einem Schiedsgericht sowie durch eine Eingabe im Konkurs unterbrochen werden. In Anbetracht der Regelung in Art. 166 ff. IPRG ist es einem ausländischen Insolvenzverwalter aber grundsätzlich verwehrt, verjährungsunterbrechende Handlungen nach Art. 135 Ziff. 2 OR vor schweizerischen Behörden oder Gerichten vorzunehmen, da ihm die dazu notwendige (Prozessführungs-)Befugnis fehlt. Lediglich die schweizerische Sekundärkonkursmasse kann – selbstredend nach erfolgter Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes – entsprechende prozessuale Handlungen mit verjährungsunterbrechender Wirkung vornehmen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass ausländischen Insolvenzverwaltern die Befugnis zur Vornahme (prozessualer) verjährungsunterbrechender Handlungen vor schweizerischen Gerichten und Behörden aufgrund der Art. 166 ff. IPRG fehlt, unabhängig davon, ob schweizerisches Recht und damit Art. 135 Ziff. 2 OR oder ausländisches Recht auf den Anspruch und die Unterbrechung der Verjährung anwendbar ist.⁵⁵⁰
- 189 Besteht hingegen bezüglich in der Schweiz gelegener Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners eine Gerichtszuständigkeit im Ausland, während in der Sache schweizerisches Recht anwendbar ist, dann muss von

⁵⁵⁰ Nach Art. 148 Abs. 1 IPRG unterstehen die Verjährung und das Erlöschen einer Forderung dem auf die Forderung anwendbaren Recht. Von Art. 148 Abs. 1 IPRG wird auch die Unterbrechung der Verjährung erfasst (BSK IPRG-DASSER, Art. 148 N 7; ZK IPRG-GIRSBERGER/KELLER, Art. 148 N 21; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-MÖCKLIN-DOSS/SCHNYDER, Art. 148 N 2). Sofern ausländisches Recht auf eine Forderung anwendbar ist, richtet sich auch die Unterbrechung der Verjährung nach diesem Recht.

einem Ausschluss der Anwendbarkeit der Art. 166 ff. IPRG ausgegangen werden. Das 11. Kapitel des IPRG stellt lediglich eine Art Rechtshilfeverfahren in der Schweiz zur Verfügung⁵⁵¹ und richtet sich daher nicht an ausländische Behörden. Vor ausländischen Gerichten ist der ausländische Insolvenzverwalter daher – auch wenn (materielles) schweizerisches Recht auf die Streitsache anwendbar ist – grundsätzlich zu (prozessualen) verjährungsunterbrechenden Handlungen befugt, soweit und in der Form, in der das jeweils ausländische Recht diese vorsieht.

2. Regelung der Prozessführungsbefugnis ausserhalb der Art. 166 ff. IPRG

Ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG fehlt im schweizerischen Recht eine Regel zur Frage des Bestandes und der etwaigen Wirkungen der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten.⁵⁵² Das schweizerische Rechtssystem steht aber, soweit nicht in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners durch ein Verfahren betroffen sind, der Bestand der Befugnis ausländischer Insolvenzverwalter zur Prozessführung auch nicht entgegen.⁵⁵³ Es ist daher vom grundsätzlichen Bestand der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten auszugehen.⁵⁵⁴ Der Bestand führt zur Geltung der von der schweizerischen *lex fori processus* der Prozessführungsbefugnis erteilten Wirkungen, d.h. ein ausländischer Insolvenzverwalter verfügt im Grundsatz über eine uneingeschränkte Prozessführungsbefugnis vor schweizerischen Gerichten.⁵⁵⁵ Eine Ausnahme muss lediglich dahingehend gelten, dass die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters entfällt, sobald in der Schweiz gelegene Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners in das Verfahren eingebracht werden.⁵⁵⁶ Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die Prinzipien von Art. 166 ff. IPRG nicht verletzt werden und die Einheit der Rechtsordnung gewahrt bleibt.

⁵⁵¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60.

⁵⁵² Vgl. dazu vorstehend Rz. 158.

⁵⁵³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 180.

⁵⁵⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 180.

⁵⁵⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 181.

⁵⁵⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 182.

- 191 Die vorstehend skizzierte Regelung steht nicht nur im Einklang mit den Interessen ausländischer Insolvenzverwalter resp. ausländischer Insolvenzmassen sowie in- und ausländischer Insolvenzmassegläubiger, sondern insbesondere auch mit den Interessen der Insolvenzgläubiger (auch solcher mit [Wohn-]Sitz in der Schweiz). Letztere verfügen über ein erhebliches Interesse daran, dass Ansprüche der ausländischen Insolvenzmasse prozessual geltend gemacht und durchgesetzt werden können, aber auch daran, dass die prozessuale Abwehr von (ungerechtfertigten) Ansprüchen möglich ist, die gegen die Insolvenzmasse erhoben werden und (welche) die Insolvenzmasse mindern könnten. Dies gilt unter anderem einerseits für solche Forderungen, die ursprünglich dem Gemeinschuldner aus abgeschlossenen Rechtsgeschäften zustanden, andererseits auch für Forderungen, die erst im Rahmen der Verwaltung der Insolvenzmasse entstanden sind. Aber auch der ausländische Gemeinschuldner kann über ein Interesse daran verfügen, dass die Prozessführung vor schweizerischen Gerichten möglich ist. Es ist denn auch nicht ersichtlich, welche (schweizerischen) Interessen gegen den Bestand der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb der von Art. 166 ff. IPRG erfassten Konstellationen sprechen würden. Insbesondere wäre eine Berufung auf die im Rahmen des 11. Kapitels des IPRG geschützten bzw. verfolgten territorialen Interessen⁵⁵⁷ und die damit einhergehende Einschränkung der prozessualen Befugnisse von ausländischen Insolvenzverwaltern ausserhalb der Art. 166 ff. IPRG nicht gerechtfertigt.
- 192 Schlussendlich ist zu bedenken, dass im Falle einer Gerichtsstandsvereinbarung, mit welcher die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte vereinbart wird, in der Regel von einer ausschliesslichen Zuständigkeit der gewählten Gerichte auszugehen ist. Würde ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG ausländischen Insolvenzverwaltern die Prozessführungsbefugnis vor schweizerischen Gerichten verweigert, dann hätte dies zur Folge, dass die prozessuale Geltendmachung bzw. Abwehr der von einer solchen Vereinbarung erfassten Ansprüchen (faktisch) nicht möglich wäre. Während die Prozessführung am vereinbarten Gerichtsstand nicht zulässig wäre, müsste ein angerufenes ausländisches Gericht seine Zuständigkeit aufgrund der bestehenden Gerichtsstandsvereinbarung ablehnen.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60.

⁵⁵⁸ Vgl. KUHN, S. 41.

5. Teil: Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz

I. Ausgangslage

Schiedsverfahren sind – zumindest soweit Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz betroffen sind – weitgehend losgelöst vom nationalen Verfahrensrecht.⁵⁵⁹ In Bezug auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter in der Schweiz könnte dies zur Folge haben, dass die diesbezüglichen, für die staatliche Gerichtsbarkeit geltenden Regeln und Prinzipien nicht unesehen auf internationale Schiedsverfahren vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz übertragen werden können bzw. müssen.⁵⁶⁰ Es stellt sich daher die Frage, wie es sich mit der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz verhält. Zu untersuchen ist insbesondere, ob ausländischen Insolvenzverwaltern vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz die Prozessführungsbefugnis in solchen Sachverhaltskonstellationen zukommt bzw. zukommen kann, in denen ihnen diese vor staatlichen Gerichten abgesprochen würde. Hinsichtlich der Vollstreckung von in- und ausländischen Schiedssprüchen in der Schweiz ist zudem die Verfahrensabfolge, im Besonderen die Anwendbarkeit des 11. Kapitels des IPRG, zu untersuchen.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Vgl. BSK ZPO-GIRSBERGER/HABEGGER/MRÁZ/PETER/WEBER-STECHER, Vor Art. 353–399 N 5. Vgl. zum 3. Teil der ZPO: Botschaft ZPO, S. 7392; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger-COURVOISIER/WENGER, Vorbemerkungen zum Art. 353 N 21; Oberhammer/Domej/Haas-DASSER, Vor Art. 353–399 N 21; BK ZPO III-PFISTERER, Art. 353 N 5; Brunner/Gasser/Schwander II-STACHER, Art. 353 N 9; WEHRLI, S. 112. Vgl. zum 12. Kapitel des IPRG: BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS, Einl. 12. Kapitel N 198 ff.

⁵⁶⁰ Vgl. VORBURGER, Rz. 101, der diese Aussage hinsichtlich der Anerkennung von ausländischen Insolvenzverfahren vorbringt.

⁵⁶¹ Bei dieser Thematik ist die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten und nicht jene vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz betroffen. Aufgrund des engen Zusammenhangs dieses Diskussionspunktes zum Schiedsverfahrensrecht und den diesbezüglichen Fragestellungen wird er jedoch unter diesem Titel untersucht.

II. Beschränkung der Prozessführungsbefugnis durch das 11. Kapitel des IPRG?

- ¹⁹⁴ Wie in den vorangehenden Kapiteln bereits ausführlich dargestellt wurde,⁵⁶² führen die Bestimmungen des 11. Kapitels des IPRG zu einer erheblichen Einschränkung des Bestandes und der Wirkungen der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten, soweit in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners betroffen sind⁵⁶³. Im Hinblick auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz ist daher zunächst zu prüfen, ob die Regelungen der Art. 166 ff. IPRG auch Schiedsgerichte binden und ob sie wie von staatlichen Gerichten anzuwenden sind. Von dieser Frage hängt massgeblich ab, inwiefern die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter auch vor Schiedsgerichten besteht bzw. beschränkt oder ausgeschlossen ist.
- ¹⁹⁵ Im Rahmen der folgenden Ausführungen sind zunächst einige Annahmen und Abgrenzungen in Bezug auf Schiedsverfahren und ausländische Insolvenzverfahren zu treffen.⁵⁶⁴ Anschliessend sollen die kollisionsrechtliche Anknüpfung hinsichtlich der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten,⁵⁶⁵ die Auswirkungen der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Spannungsverhältnis zwischen einem (rechtshängigen) Schiedsverfahren vor einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz und der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über eine Partei im Ausland⁵⁶⁶ sowie der Bestand und die Wirkungen der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter im Rahmen von Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz⁵⁶⁷ diskutiert werden.

⁵⁶² Vgl. dazu vorstehend Rz. 87 ff. sowie Rz. 91 ff.

⁵⁶³ Vgl. zum Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG vorstehend Rz. 76 ff.

⁵⁶⁴ Vgl. dazu nachstehend Rz. 196 ff.

⁵⁶⁵ Vgl. dazu nachstehend Rz. 202 ff.

⁵⁶⁶ Vgl. dazu nachstehend Rz. 207 ff.

⁵⁶⁷ Vgl. dazu nachstehend Rz. 211 ff.

1. Eingrenzungen und Annahmen

A. Schiedsverfahren nach dem 12. Kapitel des IPRG

Das schweizerische Recht unterscheidet in Bezug auf Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz zwischen nationalen und internationalen Schiedsverfahren. Während sich nationale Schiedsverfahren grundsätzlich nach den Bestimmungen des 3. Teils der ZPO richten, kommt auf internationale Schiedsverfahren in aller Regel das 12. Kapitel des IPRG zur Anwendung.¹⁹⁶

Nach Art. 176 Abs. 1 IPRG sind die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG auf *internationale Schiedsgerichte* mit Sitz in der Schweiz anwendbar, sofern beim Abschluss der Schiedsvereinbarung mindestens eine Partei ihren (Wohn-)Sitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte. Es besteht nach Art. 176 Abs. 2 IPRG für internationale Sachverhalte auch die Möglichkeit, den Ausschluss des 12. Kapitels des IPRG und die Anwendung des 3. Teils der ZPO zu vereinbaren. Sind die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG nicht anwendbar, d.h. handelt es sich um ein *nationales Schiedsverfahren*, dann kommt gemäss Art. 353 Abs. 1 ZPO grundsätzlich der 3. Teil der ZPO für Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz zur Anwendung, es sei denn, die betreffenden Parteien hätten von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Bestimmungen der ZPO mittels Vereinbarung zugunsten des 12. Kapitels des IPRG auszuschliessen (vgl. Art. 353 Abs. 2 ZPO).¹⁹⁷

In den nachfolgenden Ausführungen zur Frage der Anwendbarkeit des 11. Kapitels des IPRG durch Schiedsgerichte wird angenommen bzw. davon ausgegangen, dass es sich jeweils um ein internationales Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz im Sinne des 12. Kapitels des IPRG handelt. Diese Annahme ist nicht nur aufgrund der grösseren praktischen Bedeutung von internationalen Schiedsverfahren gemäss dem 12. Kapitel des IPRG gerechtfertigt, sondern auch vor dem Hintergrund der folgenden Überlegungen zu sehen: *Tritt ein ausländischer Insolvenzverwalter* infolge der im Ausland erfolgten Insolvenzeröffnung über den Gemeinschuldner in eine durch Letzteren abgeschlossene *Schiedsvereinbarung ein*,⁵⁶⁸ mit welcher die Zustän-

⁵⁶⁸ Es bestimmt sich nach der *lex fori concursus*, ob ein ausländischer Insolvenzverwalter infolge der Insolvenzeröffnung in eine für den Gemeinschuldner geltende Schiedsvereinbarung eintritt und damit an die vom Gemeinschuldner abgeschlossene Schiedsvereinbarung gebunden ist (vgl. BROWN-BERSET/LÉVY, S. 667). Ebenso bestimmt sich nach

digkeit eines Schiedsgerichtes mit Sitz in der Schweiz vereinbart wurde, dann kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass zumindest der Gemeinschuldner zur Zeit des Abschlusses der Schiedsvereinbarung seinen (Wohn-)Sitz nicht in der Schweiz hatte. Eine Konstellation, in der ein rein nationales Schiedsverfahren unter Beteiligung eines ausländischen Insolvenzverwalters vorliegen würde und damit der 3. Teil der ZPO anwendbar wäre, ist nur in den seltenen Fällen denkbar, in denen beide Parteien beim Abschluss der Schiedsvereinbarung ihren (Wohn-)Sitz in der Schweiz hatten und jedenfalls der Gemeinschuldner danach seinen (Wohn-)Sitz ins Ausland verlegt hat. Ferner könnten die beiden Parteien die Anwendung des 3. Teils der ZPO ausdrücklich vereinbart haben (Art. 176 Abs. 2 IPRG).⁵⁶⁹ Beide Fälle sind zwar grundsätzlich möglich, werden aber in der Praxis (wohl) kaum vorkommen. Aber auch bei *Abschluss einer Schiedsvereinbarung durch einen ausländischen Insolvenzverwalter* im Rahmen der Insolvenzmasseverwaltung ist grundsätzlich das 12. Kapitel des IPRG anwendbar, denn dieser hat seinen (Wohn-)Sitz im Zeitpunkt des Abschlusses ausserhalb der Schweiz (vgl. Art. 176 Abs. 1 IPRG).

B. Ausländische Insolvenzverfahren

- ¹⁹⁹ Ein ausländisches Insolvenzverfahren liegt aus der Perspektive eines Schiedsgerichtes dann vor, wenn das Insolvenzverfahren ausserhalb des Sitzstaates des Schiedsgerichtes eröffnet wurde.⁵⁷⁰ Die nachfolgenden Ausführungen betreffen daher ausschliesslich Insolvenzverfahren, die ausserhalb der Schweiz eröffnet worden sind.

C. Inzidente Anerkennung von ausländischen Insolvenzverfahren durch Schiedsgerichte

- ²⁰⁰ Unbestritten ist, dass die formelle Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes nach Art. 166 Abs. 1 IPRG als Folge fehlender objektiver Schiedsfähigkeit nicht durch ein Schiedsgericht vorgenommen werden

der *lex fori concursus*, ob ein ausländischer Insolvenzverwalter eine Schiedsvereinbarung abschliessen kann (vgl. BERNET, S. 8 f.; KAUFMANN-KOHLER/LÉVY, S. 271).

⁵⁶⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 197.

⁵⁷⁰ Vgl. GÜNTHER, Rz. 203; VORBURGER, Rz. 160 sowie Rz. 233; WAGNER, Abstimmungsfragen, S. 107. Im Ergebnis auch TRUNK, Internationales Insolvenzrecht, S. 127. A.A. BERNET, S. 6.

kann.⁵⁷¹ In der Rechtslehre aber umstritten ist, ob die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens im Ausland über eine an einem Schiedsverfahren beteiligte Partei vom zuständigen Schiedsgericht inzident anerkannt bzw. berücksichtigt⁵⁷² werden kann resp. muss.⁵⁷³ Ebenso besteht Uneinigkeit darüber, nach welchen Regeln eine etwaige Anerkennung bzw. Berücksichtigung zu erfolgen hat.⁵⁷⁴

Die Frage nach dem Bestand der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters vor einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz kann sich zwangsläufig nur dann stellen, wenn ein Schiedsgericht das ausländische Insolvenzverfahren bzw. dessen Eröffnung überhaupt (inzident) anerkennen oder berücksichtigen kann. Dies ergibt sich daraus, dass die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters eine Wirkung der ausländischen Insolvenzeröffnung darstellt.⁵⁷⁵ Die Beachtung des Bestandes der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters vor einem Schiedsgericht ist daher zwangsläufig an eine vorausgehende (inzidente) Anerkennung bzw. Berücksichtigung des ausländischen Insolvenzverfahrens resp. des ausländischen Insolvenzdekretes durch das Schiedsgericht gebunden.⁵⁷⁶ Nachfolgend soll daher davon ausgegangen werden, dass ein Insolvenzverfahren durch ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz (inzident) anerkannt/berücksichtigt werden kann.

2. Kollisionsrechtliche Anknüpfung

In Analogie zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung bei staatlichen Gerichtsverfahren ist bei Schiedsverfahren vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz zwischen der Prozessführungsbefugnis kraft materiellen und jener

⁵⁷¹ Vgl. GÜNTER, Rz. 258; VORBURGER, Rz. 225.

⁵⁷² GÜNTER, Rz. 293 ff., vertritt die Ansicht, dass ein Schiedsgericht ein ausländisches Insolvenzverfahren auch nicht inzident anerkennen, sondern lediglich berücksichtigen kann.

⁵⁷³ Vgl. KRÖLL, *Insolvency*, S. 230 f.; NADEAU-SÉGUIN, S. 83 ff.; VORBURGER, Rz. 102 sowie Rz. 106 ff.; WAGNER, *Abstimmungsfragen*, S. 74 ff.

⁵⁷⁴ Vgl. GÜNTER, Rz. 144; VORBURGER, Rz. 102 sowie Rz. 106 ff.

⁵⁷⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 176.

⁵⁷⁶ Vgl. zur Argumentation, dass die (inzidente) Anerkennung des ausländischen Insolvenzverfahrens der Feststellung etwaiger Wirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens voranzugehen hat: VORBURGER, Rz. 140 f.

kraft formellen Rechts zu unterscheiden.⁵⁷⁷ In einem Schiedsverfahren ist die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters, ebenso wie bei Verfahren vor staatlichen Gerichten, als Prozessführungsbefugnis kraft formellen Rechts zu qualifizieren.⁵⁷⁸ Es sind keine Gründe erkennbar, die eine unterschiedliche Einordnung erfordern würden.

- 203 Grundsätzlich ist der Bestand der Prozessführungsbefugnis kraft formellen Rechts im Rahmen von Schiedsverfahren nach dem gemäss Art. 182 Abs. 1 und 2 IPRG auf das Schiedsverfahren anzuwendenden Verfahrensrecht zu bestimmen.⁵⁷⁹ In Bezug auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter rechtfertigt sich für (internationale) Schiedsverfahren hingegen eine differenzierte Anknüpfung. In diesem Fall greifen die für die staatliche Gerichtsbarkeit geltenden Überlegungen, die zu einer Anknüpfung an die schweizerische *lex fori processus* führen,⁵⁸⁰ nicht. Im Gegensatz zu staatlichen Gerichten mangelt es Schiedsgerichten an einer territorialen Verankerung im Sitzstaat.⁵⁸¹ Daher sind auch jene Argumente nicht einschlägig, die für die Anknüpfung der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters vor staatlichen Gerichten auf dem im schweizerischen Recht für ausländische Insolvenzverfahren geltenden Prinzip der passiven Territorialität beruhen.⁵⁸²
- 204 Ein ausländischer Insolvenzverwalter stützt seine Stellung auf die (ausländische) Insolvenzeröffnung und damit auf die ausländische *lex fori concursus*.⁵⁸³ Infolgedessen ist der Bestand der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters als Ausfluss seiner Stellung als Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz nach dem Recht am Ort der Insolvenzeröffnung zu bestimmen.⁵⁸⁴ Die Wirkungen der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters sind nach dem ge-

⁵⁷⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 39.

⁵⁷⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 83 ff.

⁵⁷⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 41.

⁵⁸⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 83 ff.

⁵⁸¹ BERNET, S. 5; BROWN-BERSET/LÉVY, S. 666; GÜNTER, Rz. 203; LÉVY, *Insolvency*, S. 26. Vgl. auch WAGNER, *International Insolvency*, S. 60.

⁵⁸² Vgl. dazu vorstehend Rz. 84 ff.

⁵⁸³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 176.

⁵⁸⁴ Die Autorin vertrat früher noch die Ansicht, dass im Rahmen eines Schiedsverfahrens die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters nach dem auf die Streitsache anwendbaren Recht zu bestimmen sei (KUHN/JAKOB, Rz. 39 ff.).

mäss Art. 182 Abs. 1 und 2 IPRG auf das Schiedsverfahren anzuwendenden Verfahrensrecht zu beurteilen.⁵⁸⁵

Spricht das Recht am Ort der Insolvenzeröffnung einem Insolvenzverwalter die Befugnis zur Prozessführung zu, dann ist der Insolvenzverwalter auch durch das Schiedsgericht als zur Prozessführung befugt anzuerkennen. Eine Anknüpfung nach Art. 178 Abs. 2 IPRG lässt sich hingegen nicht rechtfertigen, da nicht die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung betroffen ist. Ebenso ist das auf die Frage des Bestandes der Prozessführungsbefugnis anwendbare Recht nicht nach Art. 187 Abs. 1 IPRG zu bestimmen, da die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters im Ergebnis auf einem Hoheitsakt beruht⁵⁸⁶ und daher eine Anknüpfung nach Art. 187 Abs. 1 IPRG, der das auf die Streitsache anwendbare Recht regelt und der Parteiautonomie den Vorrang gibt, nicht gerechtfertigt ist.⁵⁸⁷

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass der Bestand der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters bei einem Schiedsverfahren vor einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz grundsätzlich nicht nach schweizerischem Recht zu beurteilen ist. Doch auch wenn – entgegen der hier vertretenen Meinung – der Bestand der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters nach schweizerischem Recht zu beurteilen wäre, würde dies in Bezug auf in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners aufgrund der nachfolgenden Überlegungen⁵⁸⁸ nicht zu jener äusserst beschränkten Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter führen, wie dies vor staatlichen Gerichten der Fall ist.

3. Vivendi-Entscheid und das 11. Kapitel des IPRG

In einem im Jahr 2009 ergangenen, nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid des Bundesgerichtes⁵⁸⁹ (sog. *Vivendi-Entscheid*)⁵⁹⁰ hatte

⁵⁸⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 41.

⁵⁸⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 176.

⁵⁸⁷ Vgl. für das gleiche Argument hinsichtlich der Anknüpfung der Rechtsfähigkeit: BGE 138 III 714, 721.

⁵⁸⁸ Vgl. dazu nachstehend Rz. 211 ff.

⁵⁸⁹ Die Nichtaufnahme des Entscheides in die amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheide weist darauf hin, dass diesem kein präjudizieller Charakter zukommen soll (NAEGELI, Auswirkungen, Rz. 48).

das Gericht über den Einfluss der Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens über eine ausländische Partei auf ein internationales Schiedsverfahren vor einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz zu urteilen.⁵⁹¹ Im Rahmen des bundesgerichtlichen Verfahrens wurde insbesondere die Frage thematisiert, ob eine Partei eines Schiedsverfahrens über die während des laufenden Verfahrens die Insolvenz eröffnet wurde, noch die Fähigkeit hatte bzw. rechtlich in der Lage war, infolge der vor der Insolvenzeröffnung abgeschlossenen Schiedsvereinbarung am Schiedsverfahren als Partei teilzunehmen.⁵⁹² Das Bundesgericht führte dazu aus, dass sich die Parteifähigkeit (grundsätzlich) nach dem Personal- resp. Gesellschaftsstatut (Art. 34 IPRG bzw. Art. 154 sowie Art. 155 lit. c IPRG) zu richten habe.⁵⁹³ Vor diesem Hintergrund entschied das Gericht, dass nach dem anwendbaren polnischen Recht als Gesellschaftsstatut die betreffende Partei mit der Insolvenzeröffnung die Fähigkeit verloren habe, in einem Schiedsverfahren als Partei teilzunehmen, d.h. die betreffende Bestimmung im polnischen Recht der Partei die subjektive Schiedsfähigkeit⁵⁹⁴ entzogen habe.⁵⁹⁵

- 208 In einem nachfolgenden Entscheid⁵⁹⁶, in dem eine in Portugal erfolgte Insolvenzeröffnung über eine an einem internationalen Schiedsverfahren vor einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz beteiligte Partei betroffen war, modifizierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Bestimmung der subjektiven Schiedsfähigkeit nach dem Personal- bzw. Gesellschaftsstatut.⁵⁹⁷ Das Gericht entschied,⁵⁹⁸ dass sofern «das ausländische Gebilde nach dem Inkorporationsstatut Rechtspersönlichkeit»⁵⁹⁹ aufweise, «es in einem internationalen Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz auch *parteifähig*»⁶⁰⁰ sei.⁶⁰¹ «Allfällige spezifisch auf Schiedsverfahren bezogene Einschränkungen des Personal- oder Gesellschaftsstatuts, welche die Rechtspersönlichkeit des

⁵⁹⁰ BGer v. 31.03.2009, 4A_428/2008.

⁵⁹¹ BERGER, ZPR Rechtsprechung 2012, S. 65.

⁵⁹² BERGER, ZPR Rechtsprechung 2009, S. 561.

⁵⁹³ BGer v. 31.03.2009, 4A_428/2008, Erw. 3.2.

⁵⁹⁴ Vgl. zur subjektiven Schiedsfähigkeit vorstehend Rz. 51 ff.

⁵⁹⁵ BGer v. 31.03.2009, 4A_428/2008, Erw. 3.3.

⁵⁹⁶ BGE 138 III 714.

⁵⁹⁷ BGE 138 III 714, 720 f.

⁵⁹⁸ Vgl. dazu vorstehend im Detail Rz. 52 f.

⁵⁹⁹ BGE 138 III 714, 722.

⁶⁰⁰ BGE 138 III 714, 722.

⁶⁰¹ BGE 138 III 714, 722.

ausländischen Gebildes unberührt lassen»⁶⁰², seien «unter dem Gesichtspunkt der Fähigkeit, in einem Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz als Partei aufzutreten, grundsätzlich unbeachtlich»⁶⁰³. Das Bundesgericht zog den Schluss, dass die umstrittene Bestimmung des portugiesischen Rechts für die Parteifähigkeit nach schweizerischer *lex arbitri* unbeachtlich sei, solange die Insolvenzmasse über Rechtspersönlichkeit verfüge.⁶⁰⁴

In beiden Entscheiden wurde der Rolle des ausländischen Insolvenzverwalters im Schiedsverfahren keine Beachtung geschenkt.⁶⁰⁵ Ebenso erfolgte hinsichtlich der subjektiven Schiedsfähigkeit durch das Bundesgericht zu Unrecht keine Prüfung der Prozess- bzw. Handlungsfähigkeit.⁶⁰⁶ 209

Im Rahmen der Kritik zum *Vivendi-Entscheid*⁶⁰⁷ brachten einzelne Autoren vor, dass das Bundesgericht es versäumt habe, die Frage nach dem Einfluss eines über eine Partei eröffneten ausländischen Insolvenzverfahrens auf ein Schiedsverfahren vor einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz unter Berücksichtigung der Anforderungen nach Art. 166 ff. IPRG zu prüfen.⁶⁰⁸ 210 Bei dieser Überlegung wird allerdings verkannt, dass sich die Anwendbarkeit des 11. Kapitels des IPRG auf jene Anwendungsfälle beschränkt, in denen auf schweizerischem Territorium gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners betroffen sind und an die ausländische

⁶⁰² BGE 138 III 714, 722.

⁶⁰³ BGE 138 III 714, 722.

⁶⁰⁴ BGE 138 III 714, 723.

⁶⁰⁵ NAEGELI/VORBURGER, S. 151.

⁶⁰⁶ MÖHLER, Rz. 385. Vgl. auch PAIR, S. 617: «Problematisch erscheint [...] der Automatismus, mit dem von der subjektiven Schiedsfähigkeit im engeren Sinne (der Partei- oder Rechtsfähigkeit) auf die subjektive Schiedsfähigkeit im weiteren Sinne (der Handlungs- oder Prozessfähigkeit) geschlossen wird.»

⁶⁰⁷ Vgl. AEBI/FREY, S. 116 ff.; KARRER, Comment on Vivendi, S. 145 ff.; KARRER, Swiss Federal Supreme Court, S. 111; KÜHN, S. 140 f.; LAZIĆ, S. 342 ff.; LÉVY, Bankruptcy, S. 106 ff.; NAEGELI, Auswirkungen, Rz. 21 ff.; NAEGELI, Bankruptcy and Arbitration, S. 201 ff.; NAEGELI, Capacity, S. 380 ff.; NAEGELI, Comments, S. 58 ff.; NATER-BASS/MOSIMANN, S. 171 ff.

⁶⁰⁸ Vgl. KREN KOSTKIEWICZ/MARKUS, S. 76; KARRER, Comment on Vivendi, S. 146; KARRER, Swiss Federal Supreme Court, S. 111. A.A. im Ergebnis: KRÖLL, Insolvency, S. 237. Vgl. auch CATELLI, S. 71, die im Ergebnis aber die Anwendbarkeit der Art. 166 ff. IPRG auf internationale Schiedsverfahren als Folge des autonomen Charakters des 12. Kapitels des IPRG verneint. RÖMER, S. 86, weist lediglich darauf hin, dass das Bundesgericht die Art. 166 ff. IPRG nicht berücksichtigt habe, ohne dieses Vorgehen zu bewerten.

Insolvenzmasse ausgehändigt werden sollen.⁶⁰⁹ Die Frage nach der Geltung des 11. Kapitels des IPRG für internationale Schiedsverfahren vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz bezieht sich folglich von vornherein nur auf Sachverhalte, in denen ein Schiedsverfahren in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners erfasst. Die dem *Vivendi-Entscheid*, aber auch dem BGE 138 III 714 zugrunde liegenden Sachverhalte scheinen hingegen, zumindest nach den in den veröffentlichten Entscheiden enthaltenen Angaben, gerade keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners zu betreffen. Unabhängig davon ist das 11. Kapitel des IPRG aber, wie nachfolgend aufgezeigt wird, ohnehin nicht durch Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz anzuwenden.

4. Bestand und Wirkungen der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz

- ²¹¹ Nach herrschender Auffassung ist das 12. Kapitel des IPRG über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz als sog. *stand-alone legislation*, d.h. als eine eigenständige Ordnung konzipiert.⁶¹⁰ Es ist daher als ein autonomes Regelungswerk zu betrachten.⁶¹¹ Dies gilt unabhängig davon, dass es systematisch einen Teil des IPRG bildet. Bei der Auslegung ist dies zu berücksichtigen.⁶¹²
- ²¹² Es bestehen nur wenige Ausnahmen vom Grundsatz des autonomen Charakters des 12. Kapitels des IPRG. Wie vorstehend erwähnt,⁶¹³ hat das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung festgestellt, dass nach dem Personal- resp. Gesellschaftsstatut (Art. 33 f. IPRG bzw. Art. 154 sowie Art. 155

⁶⁰⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 77 ff.

⁶¹⁰ Vgl. Arroyo-BURCKHARDT, Art. 187 N 4; KARRER, Position of the Arbitration Chapter, S. 13. Vgl. auch Arroyo-BESSON, Salient Features and Amenities of Chapter 12 PILS N 12; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-FURRER/GIRSBERGER/AMBAUEN, Art. 176–178 N 1; BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS, Einl. 12. Kap. N 202; Arroyo-HOFBAUER, History of Arbitration N 5; BSK IPRG-KARRER, Art. 187 N 19; BERGER/KELLERHALS, Rz. 87; GIRSBERGER/VOSER, Rz. 195; GÖKSU, Rz. 180.

⁶¹¹ Arroyo-BESSON, Salient Features and Amenities of Chapter 12 PILS N 12.

⁶¹² Vgl. BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS, Einl. 12. Kap. N 202. Vgl. auch GIRSBERGER/VOSER, Rz. 195.

⁶¹³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 52 f. sowie Rz. 207 f.

lit. c IPRG) zu bestimmen sei, ob einem Gebilde Rechtspersönlichkeit, d.h. ob einer Partei Rechtsfähigkeit zukomme.⁶¹⁴ Sofern die Rechtsfähigkeit eines Gebildes aufgrund ausländischen Rechts zu bestimmen sei, müsse festgestellt werden, ob dieses gemäss anwendbarem ausländischem Recht Träger von Rechten und Pflichten sein könne.⁶¹⁵ Falls einem Gebilde durch das Personal- oder Gesellschaftsstatut Rechtspersönlichkeit zugesprochen werde, so sei dieses auch als rechts- und damit parteifähig anzusehen.⁶¹⁶ Dadurch scheint die frühere Rechtsprechung, dass die Kollisionsnormen des IPRG in internationalen Schiedsverfahren grundsätzlich nicht massgeblich seien,⁶¹⁷ zumindest eingeschränkt.⁶¹⁸ Dennoch wird in der Lehre weiterhin die Ansicht vertreten, dass als Folge der in Art. 187 IPRG enthaltenen, speziellen kollisionsrechtlichen Regelung für internationale Schiedsgerichte im Anwendungsbereich des 12. Kapitels des IPRG grundsätzlich kein Raum für eine direkte Anwendung der übrigen, ausserhalb des 12. Kapitels des IPRG enthaltenen Kollisionsnormen bestehe.⁶¹⁹ Vereinzelt wird zudem darauf hingewiesen, dass die Bestimmungen des 1.–11. Kapitels des IPRG nur dann analog angewendet werden können, falls sich dies aufgrund der Eigenart der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit aufdränge.⁶²⁰

Weder die genannten Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes noch die dogmatischen Auseinandersetzungen in der Lehre haben jedoch einen Einfluss auf die Frage nach der Anwendbarkeit des 11. Kapitels des IPRG durch internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz. Zum einen hat die Rechtsprechung nur vereinzelt und äusserst selektiv Normen mit kollisionsrechtlichem Charakter aus Bestimmungen des IPRG ausserhalb der Art. 176 ff. IPRG für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz für anwendbar erklärt. Aus diesen Fällen lässt sich somit noch keine allgemeine

213

⁶¹⁴ BGE 138 III 714, 720 f.

⁶¹⁵ BGE 138 III 714, 721.

⁶¹⁶ BGE 138 III 714, 721 f.

⁶¹⁷ In BGer v. 08.12.1999, 4P.154/1999, Erw. 2)bb) [ASA Bulletin 2000, Issue 3, S. 554], hielt das Bundesgericht fest: «L'arbitre international siégeant en Suisse est en effet soumis exclusivement au chapitre 12 de la LDIP et les règles de conflit que doit appliquer le juge suisse en matières contractuelle [...] ne s'imposent pas à lui [...]»

⁶¹⁸ Vgl. die diesbezügliche Kritik von NAEGELI, Auswirkungen, Rz. 38 f.

⁶¹⁹ Vgl. BSK IPRG-HOCHSTRASSER/FUCHS, Einl. 12. Kap. N 223 f.; BSK IPRG-KARRER, Art. 187 N 20; BERGER/KELLERHALS, Rz. 1280. Vgl. auch schon ZK IPRG-HEINI, Art. 187 N 2.

⁶²⁰ Arroyo-BURCKHARDT, Art. 187 N 4; BSK IPRG-KARRER, Art. 187 N 20; BERGER/KELLERHALS, Rz. 1380. Vgl. auch NAEGELI, Capacity, S. 377.

Regel zur Geltung der im IPRG enthaltenen Kollisionsnormen, aber auch der übrigen Bestimmungen des IPRG für internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz ableiten. Zum anderen sind die im 11. Kapitel des IPRG enthaltenen Bestimmungen keine Kollisionsnormen. Die Art. 166 ff. IPRG regeln die «zwischenstaatliche Rechtshilfe in Konkursachen»⁶²¹ und sind damit ausschliesslich an staatliche (schweizerische) Gerichte gerichtet. Diese Ansicht steht im Einklang mit dem in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit verankerten Prinzip, dass diese grundsätzlich einen delokalisierten Ansatz verfolgt, um den Interessen eines voraussehbaren und ausgeglichenen Schiedsverfahrens gerecht zu werden.⁶²²

- 214 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Art. 166 ff. IPRG trotz der neueren Tendenzen in der Rechtsprechung keine Anwendung auf internationale Schiedsverfahren mit Sitz in der Schweiz finden können.⁶²³ Daher kann aufgrund von Art. 166 ff. IPRG auch keine Einschränkung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz erfolgen. Dem schweizerischen Recht ist im Übrigen keine andere Regelung zu entnehmen, die dem Bestand der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz entgegenstehen würde. Aus schweizerischer Perspektive würde einem ausländischen Insolvenzverwalter daher die Prozessführungsbefugnis vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz zukommen, unabhängig davon, ob von dessen Prozessführung in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners betroffen sind oder nicht.
- 215 Der Bestand der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz hat sich aber ohnehin nicht nach schweizerischem Recht, sondern nach der (ausländischen) *lex fori concursus* zu richten.⁶²⁴ Das schweizerische Recht ist für die Beurteilung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter grundsätzlich unbeachtlich. Die Wirkungen der Prozessführungsbefugnis eines ausländi-

⁶²¹ BGer v. 24.10.2011, 2C_303/2010, Erw. 2.4.1. Vgl. auch BGE 139 III 236, 238; BGE 135 III 40, 44. Vgl. dazu auch vorstehend Rz. 60.

⁶²² NATER-BASS/MOSIMANN, S. 163.

⁶²³ GLA. CATELLI, S. 71. Im Ergebnis auch BERNET, S. 5 f. A.A. KREN KOSTKIEWICZ/MARKUS, S. 76; KARRER, Comment on Vivendi, S. 146; KARRER, Swiss Federal Supreme Court, S. 111.

⁶²⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 202 ff.

schen Insolvenzverwalters richten sich nach dem gemäss Art. 182 Abs. 1 und 2 IPRG auf das Schiedsverfahren anzuwendende Verfahrensrecht.⁶²⁵

III. Vollstreckung von Schiedssprüchen in der Schweiz

Unabhängig von der Frage nach der Anwendbarkeit des 11. Kapitels des IPRG auf Verfahren vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz⁶²⁶ ist zu beurteilen, welche Auswirkungen die betreffenden Bestimmungen (Art. 166 ff. IPRG) auf eine beabsichtigte Vollstreckung von in- und ausländischen Schiedssprüchen in der Schweiz auf Antrag eines ausländischen Insolvenzverwalters haben. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu den Art. 166 ff. IPRG⁶²⁷ könnte insbesondere geschlossen werden, dass ausländischen Insolvenzverwaltern die Befugnis zur Einleitung der Vollstreckung in der Schweiz fehlt, sofern der Schiedsspruch in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners erfasst.

Die fehlende Anwendbarkeit des 11. Kapitels des IPRG auf Schiedsverfahren vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz⁶²⁸ könnte darauf schliessen lassen, dass die Art. 166 ff. IPRG auch keine Anwendung auf die Vollstreckung eines *Schiedsspruches eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz* haben. Die angeführten Gründe, die den Ausschluss der Art. 166 ff. IPRG für Schiedsverfahren vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz rechtfertigen,⁶²⁹ sind für die Vollstreckung eines entsprechenden Schiedsspruches in der Schweiz jedoch nicht massgeblich. Daher muss die Rechtsprechung⁶³⁰, die ausländischen Insolvenzverwaltern im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG die Rechtsverfolgungsbefugnisse abspricht, auch für die Vollstreckung eines Schiedsspruches, der durch ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz erlassen worden ist, gelten.⁶³¹ Ausländischen Insolvenzverwaltern

⁶²⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 41 sowie Rz. 204.

⁶²⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 211 ff.

⁶²⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 87 f.

⁶²⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 211 ff.

⁶²⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 213 f.

⁶³⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 87.

⁶³¹ Gl.A. Arroyo-BÜHLER/CARTIER, Recognition and Enforcement of Awards N 166.

fehlt diesfalls somit die Befugnis zur Einleitung der Vollstreckung eines inländischen Schiedsspruches in der Schweiz.

- 218 Im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG ist somit die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes nach Art. 166 Abs. 1 IPRG, gefolgt von der Eröffnung des Sekundärkonkursverfahrens, notwendige Voraussetzung für die Einleitung der Vollstreckung eines Schiedsspruches eines Schiedsgerichts mit Sitz in der Schweiz.⁶³² Nur die Sekundärkonkursmasse kann in der Folge die Vollstreckung des Schiedsspruches einleiten.⁶³³ Die Aushändigung etwaiger durch die Vollstreckung realisierter Vermögenswerte an den ausländischen Insolvenzverwalter resp. die ausländische Insolvenzmasse kann ausschliesslich im Rahmen des Sekundärkonkursverfahrens unter Erfüllung der notwendigen Voraussetzungen erfolgen.⁶³⁴
- 219 Ähnliches gilt für *Schiedssprüche, die von Schiedsgerichten mit Sitz im Ausland* erlassen worden sind. Diesbezüglich fehlt einem ausländischen Insolvenzverwalter als Folge der Art. 166 ff. IPRG und der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Befugnis, die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruches zu beantragen.⁶³⁵ Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung können ausschliesslich im Rahmen eines Sekundärkonkursverfahrens auf Antrag der Sekundärkonkursmasse erfolgen.⁶³⁶
- 220 Hinsichtlich der Vollstreckung von in- sowie ausländischen Schiedssprüchen können sich Probleme ergeben, falls das ausländische Insolvenzdekret mangels Erfüllung der in Art. 166 Abs. 1 IPRG normierten Anerkennungsbedingungen nicht anerkannt werden kann. Diesfalls wird zumeist eine Vollstreckungsblockade herrschen, zumal nach der *lex fori concursus* mit der ausländischen Insolvenzeröffnung meist auch eine Beeinträchtigung der Handlungsfähigkeit des ausländischen Gemeinschuldners eintritt, die gemäss der nach der hier vertretenen Ansicht problematischen Rechtsprechung des Bundesgerichts⁶³⁷ in Anwendung von Art. 35 IPRG resp. nach Art. 154

⁶³² Vgl. dazu vorstehend Rz. 61 ff.

⁶³³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 87.

⁶³⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 67 f.

⁶³⁵ NAEGELI/VORBURGER, S. 169.

⁶³⁶ NAEGELI/VORBURGER, S. 169. Im Ergebnis: Arroyo-BÜHLER/CARTIER, Recognition and Enforcement of Awards N 163 ff.

⁶³⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 73.

Abs. 1 bzw. Art. 155 lit. c IPRG ohne Prüfung weiterer (Anerkennungs-)Voraussetzungen zu berücksichtigen ist.⁶³⁸

IV. Fazit

Der Bestand der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ist für internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz nach dem Recht des Insolvenzeröffnungsstaates und damit grundsätzlich nicht nach schweizerischem Recht zu bestimmen.⁶³⁹ Die Frage der Anwendbarkeit des 11. Kapitels des IPRG stellt sich daher nicht.⁶⁴⁰ Die Art. 166 ff. IPRG wären aber ohnehin, d.h. auch wenn sich der Bestand der Prozessführungsbefugnis nach schweizerischem Recht richten würde, nicht durch internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz anzuwenden, da diese Bestimmungen sich ausschliesslich an schweizerische staatliche Gerichte richten.⁶⁴¹ Aber auch im Übrigen ergibt sich aus dem schweizerischen Recht keine Unzulässigkeit der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, auch nicht soweit in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners betroffen sind.⁶⁴²

Zu beachten ist aber, dass im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG für die Vollstreckung eines inländischen sowie ausländischen Schiedsspruches in der Schweiz die in Art. 166 ff. IPRG vorgesehene Verfahrensabfolge eingehalten werden muss.⁶⁴³ Eine Vollstreckung kann daher erst und (wohl) ausschliesslich im Rahmen eines Sekundärkonkursverfahrens erfolgen.⁶⁴⁴

⁶³⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 70 ff.

⁶³⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 203 ff.

⁶⁴⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 206.

⁶⁴¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 211 ff.

⁶⁴² Vgl. dazu vorstehend Rz. 214.

⁶⁴³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 217 ff.

⁶⁴⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 218 f.

6. Teil: Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach der EuInsVO

I. Einleitende Bemerkungen zur EuInsVO

Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (aEuInsVO) trat am 31. Mai 2002 für alle EU-Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Dänemarks) in Kraft (Art. 47 aEuInsVO). Zehn Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung legte die Europäische Kommission am 12. Dezember 2012 einen Vorschlag zur Revision der aEuInsVO vor⁶⁴⁵. In der Folge genehmigte das Europäische Parlament am 20. Mai 2015 die Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren (EuInsVO), eine Neufassung der am 31. Mai 2002 in Kraft getretenen aEuInsVO, wobei die Neufassung gegenüber dem erwähnten Vorschlag der Europäischen Kommission zahlreiche Änderungen enthält. Die EuInsVO ist in der Folge am 26. Juli 2015 in Kraft getreten und gilt in ihren wesentlichen Teilen seit dem 26. Juni 2017 (Art. 92 EuInsVO). Gegenüber der aEuInsVO enthält die neugefasste Verordnung zahlreiche Änderungen, jedoch wurde mit der Revision keine vollständige Neuausrichtung angestrebt.⁶⁴⁶

Die EuInsVO als supranationaler Rechtsakt erfasst grenzüberschreitende Insolvenzverfahren innerhalb der EU, die sich über zwei oder mehrere EU-Mitgliedstaaten erstrecken.⁶⁴⁷ Die Verordnung regelt unter anderem die Zuständigkeit für die Eröffnung von Insolvenzverfahren und für Klagen, die sich direkt aus diesen Insolvenzverfahren ableiten und eng damit verknüpft sind (vgl. Erwägungsgrund 6 Satz 1 EuInsVO). Darüber hinaus regelt sie die Anerkennung und Vollstreckung von in solchen Verfahren ergangenen Entscheidungen und enthält Vorschriften über das auf Insolvenzverfahren anwendbare Recht (Erwägungsgrund 6 Satz 2 EuInsVO). Ausserdem enthält die EuInsVO Regelungen zur Koordinierung von Insolvenzverfahren, die sich

⁶⁴⁵ COM(2012) 744.

⁶⁴⁶ Vgl. WIMMER/BORNEMANN/LIENAU, Rz. 3.

⁶⁴⁷ Nach Art. 1 Abs. 2 EuInsVO ist die Verordnung nicht anwendbar auf Verfahren in Bezug auf Versicherungsunternehmen (lit. a), Kreditinstitute (lit. b), unter anderem Wertpapierfirmen (lit. c) oder Organismen für gemeinsame Anlagen (lit. d) (vgl. auch Art. 1 Abs. 2 aEuInsVO).

gegen denselben Gemeinschuldner oder gegen mehrere Mitglieder derselben Unternehmensgruppe richten (Erwägungsgrund 6 Satz 3 EuInsVO).

- 225 Die Verordnung geht von einer modifizierten Universalität des Insolvenzverfahrens aus, wonach zwar im Grundsatz ein – am Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Gemeinschuldners (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO/aEuInsVO) – eröffnetes *Hauptinsolvenzverfahren* sich unter anderem auch auf das in anderen EU-Mitgliedstaaten belegene Vermögen eines Gemeinschuldners erstreckt.⁶⁴⁸ Gleichwohl bleiben aber *Territorialinsolvenzverfahren* in der Form von *Partikular- und Sekundärinsolvenzverfahren* möglich,⁶⁴⁹ für deren Eröffnung die Gerichte desjenigen Mitgliedstaates zuständig sind, in dessen Hoheitsgebiet der Gemeinschuldner eine Niederlassung hat (vgl. Art. 3 Abs. 2 EuInsVO/aEuInsVO). Von einem *Partikularinsolvenzverfahren* wird gesprochen, wenn ein Territorialinsolvenzverfahren *vor* Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens eröffnet wird (vgl. dazu Art. 3 Abs. 4 EuInsVO/aEuInsVO), während *Sekundärinsolvenzverfahren* stets *nach* Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens eröffnet werden (Art. 3 Abs. 3 EuInsVO/aEuInsVO). Wird ein Hauptinsolvenzverfahren nach Eröffnung eines Partikularinsolvenzverfahrens eröffnet, so wird Letzteres zum Sekundärinsolvenzverfahren (vgl. Art. 3 Abs. 4 EuInsVO).
- 226 Das Verhältnis von in der EU eröffneten grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren zu Drittstaaten sowie ausserhalb von der EU eröffneten grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren zu Mitgliedstaaten wird durch die EuInsVO hingegen nicht geregelt.⁶⁵⁰ Diesbezüglich legt das mitgliedstaatliche nationale Recht (vgl. z.B. für Deutschland: §§ 335–358 InsO; für Österreich: §§ 217–251 IO) die Wirkungen drittstaatlicher grenzüberschreitender Insolvenzverfahren aus der Sicht des jeweiligen Mitgliedstaates fest.⁶⁵¹ Demgegenüber bestimmt das drittstaatliche Recht (z.B. für die Schweiz: Art. 166–175 IPRG) die Wirkungen eines in der EU eröffneten grenzüberschreitenden

⁶⁴⁸ Vgl. Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMAN-KEPPLINGER, Vorbemerkungen zur EuInsVO N 43 f.; Konecny/Schubert-KLAUSER, Vor Art. 1 EuInsVO N 58 f.; Leonhardt/Smid/Zeuner-SMID, Art. 3 EuInsVO N 5 sowie Art. 27 EuInsVO N 1 f.; Buth/Hermanns-PANNEN/RIEDEMANN, § 31 Rz. 10.

⁶⁴⁹ Vgl. Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMAN-KEPPLINGER, Vorbemerkungen zur EuInsVO N 47; Konecny/Schubert-KLAUSER, Vor Art. 1 EuInsVO N 60; Uhlenbruck/Hirte/Vallender-LÜER, Art. 3 EuInsVO N 45; Leonhardt/Smid/Zeuner-SMID, Art. 27 EuInsVO N 1 f.; Buth/Hermanns-PANNEN/RIEDEMANN, § 31 Rz. 10.

⁶⁵⁰ GEROLDINGER, S. 120. Vgl. auch SCHWANDER, Entwicklungen, Rz. 24.

⁶⁵¹ Vgl. GEROLDINGER, S. 120.

Insolvenzverfahrens auf den Drittstaat.⁶⁵² Damit hat die EuInsVO keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz. Es sind jedoch indirekte Wirkungen möglich.⁶⁵³ So bestimmt sich nach der Rechtsprechung des EuGH die internationale Zuständigkeit für insolvenzrechtliche Annexverfahren nach der EuInsVO, auch wenn eine solche Klage gegen einen Schuldner erhoben wird, der seinen (Wohn-)Sitz in einem Drittstaat hat.⁶⁵⁴

II. Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter

Im Geltungsbereich der EuInsVO erfasst die Prozessführungsbefugnis⁶⁵⁵ 227 *ausländischer* Insolvenzverwalter die Befugnis zur Prozessführung in einem anderen EU-Mitgliedstaat als dem Insolvenzeröffnungsstaat. In Bezug auf *Hauptinsolvenzverwalter* ist die Befugnis zur Prozessführung ausserhalb des Hauptinsolvenzeröffnungsstaates betroffen; für *Territorialinsolvenzverwalter* geht es um die Prozessführungsbefugnis ausserhalb des Territorial- resp. des Partikular- oder Sekundärinsolvenzeröffnungsstaates.

Im Nachfolgenden wird die Prozessführungsbefugnis ausländischer Hauptinsolvenzverwalter, vorläufiger ausländischer Hauptinsolvenzverwalter sowie ausländischer Territorialinsolvenzverwalter im Geltungsbereich der EuInsVO dargestellt. Es erfolgt eine abstrakte Erläuterung, ohne dass detailliert auf die Regelung resp. die Hintergründe einer Regelung eingegangen wird, innerhalb derer die Prozessführungsbefugnis besteht. 228

⁶⁵² Im Ergebnis: GEROLDINGER, S. 120.

⁶⁵³ LORANDI, Grenzüberschreitende Aspekte, S. 59 f. Vgl. auch SCHWANDER, Entwicklungen, Rz. 26 ff.; TRUNK, Grenzüberschreitende Insolvenz, S. 544.

⁶⁵⁴ EuGH v. 16.01.2014, Rs. C-328/12, *Ralph Schmid/Lilly Hertel*, Rz. 39 (vgl. dazu vorstehend Rz. 141).

⁶⁵⁵ Um die Regelung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter unter der EuInsVO auf einer einheitlichen Grundlage resp. gestützt auf einem gemeinsamen Begriffsverständnis untersuchen zu können, wird nachfolgend von einer Definition der Prozessführungsbefugnis ausgegangen, welcher dem in der Schweiz verwendeten Begriffsverständnis entspricht (vgl. dazu vorstehend Rz. 23 ff.).

1. Prozessführungsbefugnis ausländischer Hauptinsolvenzverwalter

- 229 Auf das Hauptinsolvenzverfahren und seine Wirkungen kommt, soweit die EuInsVO nichts anderes bestimmt, das Insolvenzrecht des Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet wurde, d.h. die *lex fori concursus generalis*, zur Anwendung (Art. 7 Abs. 1 EuInsVO/Art. 4 Abs. 1 aEuInsVO). Diese regelt insbesondere auch die Befugnisse (Art. 7 Abs. 2 lit. c EuInsVO/Art. 4 Abs. 2 lit. c aEuInsVO) und damit einhergehend die Prozessführungsbefugnis von Hauptinsolvenzverwaltern.⁶⁵⁶
- 230 Die wirksame Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens wird in allen anderen EU-Mitgliedstaaten automatisch anerkannt (vgl. Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 EuInsVO/Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 aEuInsVO) und entfaltet in jedem anderen EU-Mitgliedstaat die Wirkungen, welche die *lex fori concursus generalis* dem Hauptinsolvenzverfahren beilegt, sofern die EuInsVO nichts anderes bestimmt und solange kein Sekundärinsolvenzverfahren in diesem anderen Mitgliedstaat eröffnet worden ist (Art. 20 Abs. 1 EuInsVO/Art. 17 Abs. 1 aEuInsVO). Damit zieht die Anerkennung eines in einem EU-Mitgliedstaat wirksam eröffneten Hauptinsolvenzverfahrens (Art. 19 Abs. 1 EuInsVO/Art. 16 Abs. 1 aEuInsVO) automatisch kraft Verordnung die Anerkennung der Bestellung des Hauptinsolvenzverwalters⁶⁵⁷ sowie die Anerkennung seiner Befugnisse mitsamt seiner Prozessführungsbefugnis in allen übrigen EU-Mitgliedstaaten nach sich⁶⁵⁸.
- 231 Als Folge der automatischen Anerkennung der Befugnisse ausländischer Hauptinsolvenzverwalter normiert Art. 21 Abs. 1 EuInsVO/Art. 18 Abs. 1

⁶⁵⁶ Vgl. hinsichtlich der Prozessführungsbefugnis: Konecny/Schubert-KLAUSER/POGACAR, Art. 18 EuInsVO N 10; Uhlenbruck/Hirte/Vallender-LÜER, Art. 18 EuInsVO N 2; Manowski/Müller/Schmidt-MÜLLER, Art. 7 N 23; PAULUS, EuInsVO, Art. 18 N 5; Gottwald-KOLMANN/KELLER, § 133 N 13. Vgl. auch MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 4 EuInsVO 2000 N 21.

⁶⁵⁷ VIRGÓS/SCHMIT, Rz. 158; Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMAN-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 18 N 6; Rauscher II-MÄSCH, Art. 18 EuInsVO N 1; Pannen-PANNEN/RIEDEMANN, Art. 18 N 1.

⁶⁵⁸ Vgl. hinsichtlich der Befugnisse ausländischer Hauptinsolvenzverwalter: VIRGÓS/SCHMIT, Rz. 158; Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMAN-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 18 N 6; Konecny/Schubert-KLAUSER/POGACAR, Art. 17 EuInsVO N 2; Rauscher II-MÄSCH, Art. 17 EuInsVO N 5; Pannen-PANNEN/RIEDEMANN, Art. 18 N 1; Leonhard/Smid/Zeuner-SMID, Art. 17 EuInsVO N 9 sowie Art. 18 EuInsVO N 2.

aEuInsVO, dass ein Hauptinsolvenzverwalter im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates alle Befugnisse ausüben darf, die ihm nach dem Recht des Hauptinsolvenzeröffnungsstaates zustehen, solange in dem anderen Mitgliedstaat nicht ein weiteres Insolvenzverfahren eröffnet oder eine gegenteilige Sicherungsmassnahme auf einen Antrag auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens hin ergriffen worden ist. Dies gilt auch hinsichtlich der einem Hauptinsolvenzverwalter durch das Recht des Hauptinsolvenzeröffnungsstaates zugesprochenen Prozessführungsbefugnis.⁶⁵⁹ Dies bedeutet, dass ein Hauptinsolvenzverwalter auch in anderen Mitgliedstaaten die Prozessführungsbefugnis in Bezug auf massebezogene Prozesse besitzt, wenn sie ihm von der *lex fori concursus generalis* gewährt wird.⁶⁶⁰ Ein Hauptinsolvenzverwalter kann folglich in den anderen Mitgliedstaaten klagen und verklagt werden wie im Staat der *lex fori concursus generalis*.⁶⁶¹

Bei der Ausübung seiner Befugnisse hat ein Hauptinsolvenzverwalter das Recht des EU-Mitgliedstaates zu beachten, in dessen Hoheitsgebiet er handeln will (vgl. Art. 21 Abs. 3 EuInsVO/Art. 18 Abs. 3 aEuInsVO). Im Hinblick auf die Prozessführung hat dies zur Folge, dass vor den Gerichten eines anderen EU-Mitgliedstaates als dem Insolvenzeröffnungsstaat ein Hauptinsolvenzverwalter hinsichtlich der Art und Weise der Ausübung der Prozessführungsbefugnis die jeweilige *lex fori processus* zu respektieren hat.⁶⁶² 232

Zusätzlich zu dem soeben dargelegten Grundsatz, dass sich die Prozessführungsbefugnis von Hauptinsolvenzverwaltern nach der *lex fori concursus generalis* richtet, enthält die EuInsVO zahlreiche Bestimmungen, die direkt die Prozessführungsbefugnis von Hauptinsolvenzverwaltern in EU-Mitgliedstaaten ausserhalb des Hauptinsolvenzeröffnungsstaates regeln. Diese betreffen insbesondere Antrags-, Widerspruchs- sowie Anfechtungs- bzw. Rechtsmittelbefugnisse, die nachfolgend dargestellt werden. 233

⁶⁵⁹ MünchKomm InsO IV-THOLE, Art. 18 EuInsVO 2000 N 6.

⁶⁶⁰ MünchKomm InsO IV-THOLE, Art. 18 EuInsVO 2000 N 6. Vgl. auch ROSSBACH, S. 224.

⁶⁶¹ Konecny/Schubert-KLAUSER/POGACAR, Art. 18 EuInsVO N 10; PAULUS, EuInsVO, Art. 18 N 5.

⁶⁶² Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMA-KEPPLINGER, Art. 15 N 35.

A. Antragsbefugnisse

- ²³⁴ Die von der EuInsVO geregelten Antragsbefugnisse von Hauptinsolvenzverwaltern vor den Gerichten eines anderen EU-Mitgliedstaates als des Hauptinsolvenzeröffnungsstaates lassen sich in drei Kategorien einteilen:

a) *Antragsbefugnisse betreffend Bekanntmachung und Eintragung der Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens*

- ²³⁵ Diese Befugnisse betreffen Anträge zur *Veröffentlichung* der Bekanntmachung der Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens sowie zur *Eintragung* der Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens in öffentliche Register in anderen EU-Mitgliedstaaten als dem Hauptinsolvenzeröffnungsstaat. Für diese Anträge sind die Gerichte/Behörden des Mitgliedstaates zuständig, in dessen Hoheitsgebiet die Veröffentlichung bzw. Eintragung beantragt wird.⁶⁶³

aa) *Öffentliche Bekanntmachung des Entscheides zur Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens*

- ²³⁶ Einem Hauptinsolvenzverwalter obliegt die Pflicht, in jedem anderen EU-Mitgliedstaat, in dem sich eine Niederlassung des Gemeinschuldners befindet, die Veröffentlichung der Bekanntmachung des Entscheides zur Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens und gegebenenfalls des Entscheides zur Bestellung des Hauptinsolvenzverwalters nach dem in diesem Staat vorgesehenen Verfahren zu beantragen (Art. 28 Abs. 1 EuInsVO⁶⁶⁴).
- ²³⁷ Darüber hinaus *kann* ein Hauptinsolvenzverwalter beantragen, dass die Bekanntmachung nach Art. 28 Abs. 1 EuInsVO in jedem anderen Mitgliedstaat, in dem er dies für notwendig hält, nach dem in diesem Staat vorgesehenen Verfahren der Bekanntmachung veröffentlicht wird (Art. 28 Abs. 2 EuInsVO⁶⁶⁵).

⁶⁶³ Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMA-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 21 N 8; Pannen-EICKMANN, Art. 21 N 2; Konecny/Schubert-KLAUSER/POGACAR, Art. 21 EuInsVO N 12; Uhlenbruck/Hirte/Vallender-LÜER, Art. 22 EuInsVO N 7; PAULUS, EuInsVO, Art. 21 N 2; Leonhardt/Smid/Zeuner-SMID, Art. 21 EuInsVO N 5.

⁶⁶⁴ Vgl. auch Art. 21 Abs. 2 aEuInsVO.

⁶⁶⁵ Vgl. auch Art. 21 Abs. 1 aEuInsVO.

bb) Eintragung des Entscheides zur Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens in öffentliche Register

Art. 29 Abs. 1 EuInsVO⁶⁶⁶ regelt die Pflicht ausländischer Hauptinsolvenz- 238
verwalter, die Eintragung der Informationen nach Art. 28 Abs. 1 EuInsVO
über die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens im Mitgliedstaat, in dem
sich eine Niederlassung des Gemeinschuldners befindet oder in einem Staat,
in dem unbewegliches Vermögen des Gemeinschuldners belegen ist, im
Grundbuch, Handelsregister oder einem sonstigen öffentlichen Register zu
veranlassen, sofern das Recht dieses Staates dies vorschreibt.

Ein Hauptinsolvenzverwalter *kann* zudem die Eintragung der Informationen 239
nach Art. 28 Abs. 1 EuInsVO über die Eröffnung des Hauptinsolvenzverfah-
rens im Grundbuch, Handelsregister oder in einem sonstigen öffentlichen
Register in jedem anderen Mitgliedstaat beantragen, sofern das Recht des
betreffenden Staates, in dem das Register geführt wird, eine solche Eintra-
gung zulässt (Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 sowie Art. 28 Abs. 1
VO⁶⁶⁷).

b) Antragsbefugnisse betreffend Sekundärinsolvenzverfahren

Diese Anträge betreffen Einfluss- und Eingriffsmöglichkeiten eines Hauptin- 240
solvenzverwalters in Bezug auf ein Sekundärinsolvenzverfahren, das in ei-
nem anderen EU-Mitgliedstaat, in dem der Gemeinschuldner eine Niederlas-
sung hat (Art. 3 Abs. 2 EuInsVO/aEuInsVO), durchgeführt werden soll resp.
durchgeführt wird. Die Anträge sind durch den Hauptinsolvenzverwalter an
das für die Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens zuständige Gericht
im Niederlassungsstaat zu stellen (vgl. Art. 37 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 i.V.m.
Art. 3 Abs. 2 EuInsVO/Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 27 i.V.m. Art. 3 Abs. 2
aEuInsVO; Art. 38 Abs. 2, 3 sowie 4 i.V.m. Art. 34 i.V.m. Art. 3 Abs. 2
EuInsVO; Art. 46 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 EuIns-
VO/Art. 33 Abs. 1 i.V.m. Art. 27 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 aEuInsVO; Art. 51
Abs. 1 i.V.m. Art. 34 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 EuInsVO/Art. 37 Abs. 1 i.V.m.
Art. 27 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 aEuInsVO).

⁶⁶⁶ Vgl. auch Art. 22 Abs. 2 aEuInsVO.

⁶⁶⁷ Vgl. auch Art. 22 Abs. 1 aEuInsVO.

aa) Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens

- ²⁴¹ Ein Hauptinsolvenzverwalter kann unter anderem im Staat, in dem der Gemeinschuldner eine Niederlassung hat, die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens beantragen (Art. 37 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3 Abs. 2 EuInsVO/Art. 29 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 3 Abs. 2 aEuInsVO).

bb) Nichteröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens

- ²⁴² Es kann aber auch ein Interesse daran bestehen, die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens zu verhindern.⁶⁶⁸ Um eine Sekundärinsolvenzverfahrenseröffnung im Niederlassungsstaat abzuwenden, kann der Hauptinsolvenzverwalter in Bezug auf das dort gelegene Vermögen eine einseitige Zusicherung geben (Art. 36 Abs. 1 EuInsVO). Diese enthält das Versprechen, dass bei der Verteilung des im Niederlassungsstaat gelegenen Vermögens oder des bei der Verwertung dafür erzielten Erlöses die Verteilungs- und Vorzugsrechte gewahrt werden, die Gläubiger nach der *lex fori concursus subsidiaris* hätten, wenn ein Sekundärinsolvenzverfahren in diesem Mitgliedstaat eröffnet worden wäre (Art. 36 Abs. 1 EuInsVO).
- ²⁴³ Sofern der Hauptinsolvenzverwalter eine solche Zusicherung nach Art. 36 Abs. 1 EuInsVO erteilt hat, kann dieser beim zuständigen Gericht die Nichteröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens beantragen (Art. 38 Abs. 2 EuInsVO). Das Gericht hat diesem Antrag Folge zu leisten, sofern es zur Überzeugung gelangt, dass die Zusicherung die allgemeinen Interessen der lokalen Gläubiger des Sekundärinsolvenzverfahrens angemessen schützt (Art. 38 Abs. 2 EuInsVO).

cc) Aussetzung der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens

- ²⁴⁴ Der Hauptinsolvenzverwalter kann die Aussetzung der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens für einen Zeitraum von höchstens drei Monaten beantragen, sofern eine vorübergehende Aussetzung von Einzelvollstreckungsverfahren gegen den Gemeinschuldner gewährt wurde (vgl. dazu auch Art. 1 Abs. 1 lit. c EuInsVO), um Verhandlungen zwischen dem Gemeinschuldner und seinen Gläubigern zu ermöglichen (Art. 38 Abs. 3 EuInsVO). Das zuständige Gericht kann einen solchen Antrag gutheissen, wenn geeig-

⁶⁶⁸ Vgl. dazu Wimmer/Bornemann/Lienau-WIMMER, Rz. 415.

nete Massnahmen zum Schutz der Interessen der lokalen Gläubiger bestehen (Art. 38 Abs. 3 EuInsVO).

dd) Eröffnung eines anderen Insolvenzverfahrens

Auf Antrag des Hauptinsolvenzverwalters kann das Gericht abweichend vom ursprünglich beantragten Verfahrenstyp ein anderes in Anhang A zur EuInsVO aufgeführtes Insolvenzverfahren als Sekundärinsolvenzverfahren eröffnen, sofern die dafür notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 38 Abs. 4 EuInsVO).²⁴⁵

ee) Aussetzung der Verwertung der Sekundärinsolvenzmasse sowie Aufhebung der Aussetzung der Verwertung

Der Hauptinsolvenzverwalter kann beim zuständigen Gericht die ganze oder teilweise Aussetzung der Verwertung der Sekundärinsolvenzmasse (Art. 46 Abs. 1 EuInsVO/Art. 33 Abs. 1 aEuInsVO) sowie die Aufhebung der Aussetzung der Verwertung der Sekundärinsolvenzmasse beantragen (Art. 46 Abs. 2 lit. a EuInsVO/Art. 33 Abs. 2 aEuInsVO).²⁴⁶

ff) Umwandlung des Sekundärinsolvenzverfahrens

Dem Hauptinsolvenzverwalter steht nach Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens, sofern die notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind, die Befugnis zu, die Umwandlung eines eröffneten Sekundärinsolvenzverfahrens in ein anderes der in Anhang A zur EuInsVO aufgeführten Insolvenzverfahren beim zuständigen Gericht zu beantragen (Art. 51 Abs. 1 EuInsVO⁶⁶⁹).⁶⁷⁰²⁴⁷

⁶⁶⁹ Vgl. auch Art. 37 aEuInsVO.

⁶⁷⁰ Die Befugnis eines Hauptinsolvenzverwalters, die Umwandlung eines eröffneten Sekundärinsolvenzverfahrens zu beantragen (Art. 51 Abs. 1 EuInsVO), ist von der in Art. 38 Abs. 4 EuInsVO geregelten Antragsbefugnis (vgl. dazu vorstehend Rz. 245) zu unterscheiden. Erstere Befugnis besteht, wenn das Sekundärinsolvenzverfahren bereits eröffnet wurde (MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 51 EuInsVO 2015 N 3). Letztere Befugnis umfasst das Recht eines Hauptinsolvenzverwalters, beim zuständigen Gericht zu beantragen, dass abweichend von der ursprünglich beantragten Art des Insolvenzverfahrens ein anderes der in Anhang A zur EuInsVO aufgeführten Insolvenzverfahren *zu eröffnen* sei. Das durch den Umwandlungsantrag betroffene Sekundärinsolvenzverfahren ist daher noch nicht eröffnet.

c) Antragsbefugnisse betreffend Insolvenzverfahren über gruppenangehörige Gesellschaften

- 248 Im Zuge der Neufassung der Verordnung wurden Regelungen zur Konzerninsolvenz in die EuInsVO aufgenommen. Auch unter der Neufassung wird für jede gruppenangehörige Gesellschaft ein eigenes Hauptinsolvenzverfahren nach Art. 3 Abs. 1 EuInsVO/aEuInsVO zu eröffnen sein.⁶⁷¹ Mit den eingefügten Bestimmungen (Art. 56 ff. EuInsVO) soll aber eine abgestimmte Abwicklung der einzelnen Hauptinsolvenzverfahren über Vermögen gruppenangehöriger Gesellschaften angestrebt werden.⁶⁷² Unter anderem ist künftig ein Gruppen-Koordinationsverfahren (Art. 61 ff. EuInsVO) möglich, das der Koordinierung von Insolvenzverfahren gruppenangehöriger Gesellschaften dienen soll.⁶⁷³ Ziel ist die effiziente Sanierung des Konzerns.⁶⁷⁴ Dem Gruppen-Koordinationsverfahren steht ein Koordinationsverwalter (Art. 71 ff. EuInsVO) vor.
- 249 Die in diesem Zusammenhang bestehenden Antragsbefugnisse von Hauptinsolvenzverwaltern betreffen Einfluss- und Eingriffsmöglichkeiten in Bezug auf Insolvenzverfahren über das Vermögen gruppenangehöriger Gesellschaften. Der Hauptinsolvenzverwalter, dem die nachfolgend genannten Antragsbefugnisse zustehen, stellt einen *ausländischen* Hauptinsolvenzverwalter dar, wenn die Gerichte eines anderen Staates zuständig sind, als jenes Staates nach dessen Recht der Hauptinsolvenzverwalter eingesetzt wurde.⁶⁷⁵
- aa) Aussetzung von Massnahmen bezüglich der Verwertung der Insolvenzmasse einer anderen gruppenangehörigen Gesellschaft*
- 250 Der Hauptinsolvenzverwalter eines über das Vermögen einer gruppenangehörigen Gesellschaft eröffneten Insolvenzverfahrens kann, sofern die notwendigen Voraussetzungen erfüllt sind, die Aussetzung jeder Massnahme im Zusammenhang mit der Verwertung der Insolvenzmasse in jedem Insol-

⁶⁷¹ Wimmer/Bornemann/Lienau-BORNEMANN, Rz. 521.

⁶⁷² COMMANDEUR/RÖMER, S. 990.

⁶⁷³ KINDLER/SAKKA, S. 466.

⁶⁷⁴ COMMANDEUR/RÖMER, S. 990.

⁶⁷⁵ Die Vorschriften in Kapitel V EuInsVO (Art. 56–77 EuInsVO) zu Insolvenzverfahren über gruppenangehörige Gesellschaften sind nur insoweit anwendbar, als Verfahren über das Vermögen verschiedener Mitglieder derselben Unternehmensgruppe in mehr als einem Mitgliedstaat eröffnet worden sind (Erwägungsgrund 62 EuInsVO).

venzverfahren über das Vermögen einer anderen gruppenangehörigen Gesellschaft beantragen (Art. 60 Abs. 1 lit. b EuInsVO).

bb) Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens

Der Hauptinsolvenzverwalter, der in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer gruppenangehörigen Gesellschaft bestellt worden ist, kann bei jedem Gericht, das für das Insolvenzverfahren über eine andere gruppenangehörige Gesellschaft zuständig ist,⁶⁷⁶ die Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens beantragen (Art. 61 Abs. 1 sowie Art. 60 Abs. 1 lit. c EuInsVO). 251

cc) Nachträgliches Opt-in

Ein im Rahmen eines über eine gruppenangehörige Gesellschaft eröffneten Insolvenzverfahrens eingesetzter Hauptinsolvenzverwalter kann Widerspruch gegen die Einbeziehung des Insolvenzverfahrens, für das er bestellt wurde, in ein Gruppen-Koordinationsverfahren einlegen (*Opt-out*; Art. 64 Abs. 1 lit. a EuInsVO).⁶⁷⁷ 252

Im Einklang mit dem dafür geltenden nationalen Recht, d.h. der *lex fori concursus generalis* des antragstellenden Hauptinsolvenzverwalters⁶⁷⁸, kann in der Folge jeder Hauptinsolvenzverwalter einer gruppenangehörigen Gesellschaft beim Koordinationsverwalter⁶⁷⁹ (vgl. Art. 69 Abs. 2 EuInsVO) (wieder) die Einbeziehung des Insolvenzverfahrens, für das er bestellt wurde, in das Gruppen-Koordinationsverfahren verlangen (*Opt-in*), sofern die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 69 Abs. 1 EuInsVO). 253

⁶⁷⁶ Vgl. aber Art. 66 EuInsVO zur Möglichkeit der Hauptinsolvenzverwalter gruppenangehöriger Gesellschaften, die ausschliessliche Zuständigkeit eines Gerichtes einer gruppenangehörigen Gesellschaft für die Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens zu vereinbaren.

⁶⁷⁷ Vgl. dazu nachstehend Rz. 257.

⁶⁷⁸ Vgl. MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 69 EuInsVO 2015 N 3.

⁶⁷⁹ Von einer extensiven Auslegung ausgehend, fällt auch die an den Koordinationsverwalter und damit an keine eigentliche gerichtliche Behörde zu stellende Antragsbefugnis unter den Begriff der Prozessführungsbefugnis. So geht es um die Geltendmachung eines als prozessual zu qualifizierenden Anspruches vor einem Zwangsvollstreckungsorgan, das über den Antrag entscheiden kann.

dd) Abberufung des Koordinationsverwalters

- 254 Der Hauptinsolvenzverwalter einer gruppenangehörigen Gesellschaft kann beim Gericht, das das Koordinationsverfahren eröffnet hat (Art. 75 i.V.m. Art. 68 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 resp. Art. 66 Abs. 1 EuInsVO), die Abberufung des Koordinationsverwalters beantragen, sofern die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 75 EuInsVO).

ee) Kosten und Kostenaufteilung

- 255 Der Koordinationsverwalter legt am Mandatsende die Endabrechnung der Kosten mit dem von jeder gruppenangehörigen Gesellschaft zu tragenden Anteil vor und übermittelt diese Abrechnung jedem am Gruppen-Koordinationsverfahren beteiligten Hauptinsolvenzverwalter (Art. 77 Abs. 2 EuInsVO). In der Folge können die beteiligten Hauptinsolvenzverwalter innerhalb von 30 Tagen gegen die Abrechnung Widerspruch einlegen (Art. 77 Abs. 3 EuInsVO).⁶⁸⁰
- 256 Im Fall eines Widerspruches gegen die Abrechnung entscheidet das Gericht, welches das Gruppen-Koordinationsverfahren eröffnet hat (Art. 77 Abs. 4 i.V.m. Art. 68 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 resp. Art. 66 Abs. 1 EuInsVO), unter anderem auf Antrag eines am Gruppen-Koordinationsverfahren beteiligten Hauptinsolvenzverwalters über die Kosten und den von jeder gruppenangehörigen Gesellschaft zu tragenden Anteil (Art. 77 Abs. 4 EuInsVO).

B. Widerspruchsbefugnis

a) Einbeziehung in Gruppen-Koordinationsverfahren

- 257 Der Hauptinsolvenzverwalter einer gruppenangehörigen Gesellschaft kann beim Gericht, das mit dem Antrag auf Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens befasst ist (Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 63 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 EuInsVO), Widerspruch gegen die Einbeziehung des Insolvenzverfahrens, für das er bestellt wurde, in ein Gruppen-Koordinationsverfahren (Art. 64 Abs. 1 lit. a EuInsVO) erheben.⁶⁸¹

⁶⁸⁰ Vgl. dazu nachstehend Rz. 259.

⁶⁸¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 252.

b) Person des Koordinationsverwalters

Gleichermassen kann der Hauptinsolvenzverwalter einer gruppenangehörigen Gesellschaft beim selben Gericht wie bezüglich des Einwandes gegen die Einbeziehung in ein Gruppen-Koordinationsverfahren (Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 63 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 EuInsVO) Widerspruch gegen die als Koordinationsverwalter vorgeschlagene Person erheben (Art. 64 Abs. 1 lit. b EuInsVO).²⁵⁸

c) Kosten und Kostenaufteilung

Einem Hauptinsolvenzverwalter steht ferner ein Widerspruchsrecht bezüglich der durch den Koordinationsverwalter nach Mandatsende vorzulegenden Endabrechnung zu (Art. 77 Abs. 3 EuInsVO).²⁵⁹

C. Anfechtungs- bzw. Rechtsmittelbefugnisse

a) Gerichtliche Nachprüfung des Entscheides zur Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens

Ein Hauptinsolvenzverwalter kann den Entscheid zur Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens (vgl. Art. 34 EuInsVO) vor den Gerichten des Mitgliedstaates, in dem das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet wurde, mit der Begründung, dass das Gericht den Voraussetzungen und Anforderungen von Art. 38 EuInsVO nicht entsprochen habe, anfechten, d.h. einen Rechtsbehelf einlegen (Art. 39 EuInsVO). Die Anfechtungsbefugnis steht dem Hauptinsolvenzverwalter sowohl im Falle der Eröffnung als auch bei Ablehnung der Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens zu.⁶⁸²

b) Gerichtliche Nachprüfung des Entscheides zur Einbeziehung einer gruppenangehörigen Gesellschaft in ein Gruppen-Koordinationsverfahren

Gegen den Entscheid des Koordinationsverwalters über die Einbeziehung eines Hauptinsolvenzverfahrens über eine gruppenangehörige Gesellschaft in ein Gruppen-Koordinationsverfahren (Art. 69 Abs. 2 EuInsVO)⁶⁸⁴ steht

⁶⁸² Vgl. dazu vorstehend Rz. 255.

⁶⁸³ MünchKomm InsO IV-Reinhart, Art. 39 EuInsVO 2015 N 2 ff.

⁶⁸⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 253.

jedem am Gruppen-Koordinationsverfahren beteiligten Hauptinsolvenzverwalter sowie dem Hauptinsolvenzverwalter, dessen Antrag auf Einbeziehung der gruppenangehörigen Gesellschaft in das Gruppen-Koordinationsverfahren durch den Koordinationsverwalter abgelehnt wurde, ein Rechtsmittel zu. Der Entscheid des Koordinationsverwalters ist nach dem Verfahren anzufechten, das im Recht des Mitgliedstaates vorgesehen ist, in dem das Gruppen-Koordinationsverfahren eröffnet wurde (Art. 69 Abs. 4 EuInsVO).

c) *Gerichtliche Nachprüfung des Entscheides über die Kosten und die Kostenaufteilung*

- 262 Jeder am Gruppen-Koordinationsverfahren beteiligte Hauptinsolvenzverwalter kann den infolge eines Widerspruches⁶⁸⁵ und eines entsprechenden Antrages⁶⁸⁶ ergangenen Entscheid über die Kosten des Gruppen-Koordinationsverfahrens und den von jeder daran beteiligten gruppenangehörigen Gesellschaft zu tragenden Anteil (Art. 77 Abs. 4 EuInsVO) nach dem Verfahren, das im Recht des Mitgliedstaates, in dem das Gruppen-Koordinationsverfahren eröffnet wurde, vorgesehen ist, anfechten (Art. 77 Abs. 5 EuInsVO).

D. Hauptinsolvenzverwalter als Beklagter/Gesuchsgegner

- 263 Falls sich der Hauptinsolvenzverwalter der Einhaltung der zur Vermeidung der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens abgegebenen Zusicherung (Art. 36 Abs. 1 EuInsVO)⁶⁸⁷ verweigert, müssen die Rechte der geschützten Gläubiger auf dem Klageweg durchgesetzt werden (vgl. Art. 36 Abs. 8 und 9 EuInsVO).⁶⁸⁸ Aus Art. 36 Abs. 8 und 9 EuInsVO ergeben sich die passive Prozessführungsbefugnis des Hauptinsolvenzverwalters sowie die örtliche Zuständigkeit für entsprechende Rechtsschutzmassnahmen. Die *Gerichte des Hauptinsolvenzeröffnungsstaates* sind für die Sicherstellung der Einhaltung der Zusicherung «durch alle geeigneten Massnahmen» nach dem Recht des Hauptinsolvenzeröffnungsstaates zuständig (Art. 36 Abs. 8 EuInsVO). Die *Gerichte des Sekundärinsolvenzeröffnungsstaates* sind für die Anordnung allfälliger für die Sicherstellung der Einhaltung der Zusicherung durch den Hauptinsolvenzverwalter notwendigen «einstweilige[n] Massnahmen oder

⁶⁸⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 259.

⁶⁸⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 255 f.

⁶⁸⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 242.

⁶⁸⁸ Vgl. PRAGER/KELLER, S. 808.

Sicherungsmassnahmen» zuständig (Art. 36 Abs. 9 EuInsVO). Diese gegen den Hauptinsolvenzverwalter anzuordnenden Rechtsschutzmassnahmen können durch «[l]okale Gläubiger» beantragt werden (Art. 36 Abs. 8 und Abs. 9 EuInsVO).

Aus den genannten Zuständigkeitsbestimmungen ergibt sich, dass ausschliesslich bei der in Art. 36 Abs. 9 EuInsVO geregelten Konstellation, d.h. sofern es um den Erlass einstweiliger Massnahmen resp. Sicherungsmassnahmen zur Sicherstellung der Einhaltung der Zusicherung geht, der Hauptinsolvenzverwalter vor Gerichten ausserhalb des Hauptinsolvenzeröffnungsstaates auftritt und damit ein *ausländischer* Hauptinsolvenzverwalter ist.⁶⁸⁹ 264

2. Prozessführungsbefugnis ausländischer vorläufiger Hauptinsolvenzverwalter

Vorläufige Insolvenzverwalter haben die Funktion, die Aktiven des Gemeinschaftschuldners während der Zeitspanne zwischen dem Gesuch auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und dem Entscheid zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu sichern.⁶⁹⁰ 265

A. Antrag auf Erlass von Sicherungsmassnahmen

Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO normiert eine eigenständige, auf Gemeinschaftsrecht basierende Prozessführungsbefugnis vorläufiger Insolvenzverwalter. Diese dient der Sicherung und Erhaltung von Gemeinschaftsvermögen, das in einem anderen EU-Mitgliedstaat als dem Staat, von dessen Gerichten der vorläufige Insolvenzverwalter eingesetzt wurde, gelegen ist (vgl. Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO). Auf der Grundlage von Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO verfügt ein vorläufiger Insolvenzverwalter über die Befugnis, beim zuständigen Gericht des Belegenheitsstaats 266

⁶⁸⁹ Vgl. MANKOWSKI, Zusicherungen, S. 969.

⁶⁹⁰ Vgl. VIRGÓS/SCHMIT, Rz. 262; Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSM-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 38 N 1; Leonhard/Smid/Zeuner-SMID, Art. 38 EuInsVO N 2; VIRGÓS/GARCIMARTÍN, S. 201. Vgl. auch MOSS/FLETCHER/ISAACS, Rz. 8.438.

tes⁶⁹¹ jede Massnahme zu beantragen, die nach dem Recht dieses anderen Mitgliedstaates für die Zeit zwischen dem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und dessen Eröffnung vorgesehen ist (Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO).⁶⁹²

- ²⁶⁷ Aus dem in Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO enthaltenen Verweis – «Bestellt *das nach Artikel 3 Absatz 1 zuständige Gericht* [...] einen vorläufigen Verwalter» [Kursivdruck hinzugefügt] – ergibt sich zudem die Beschränkung von Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO auf vorläufige *Hauptinsolvenzverfahren*.⁶⁹³ Unter diese Bestimmung fällt daher die Prozessführungsbefugnis des vorläufigen *Hauptinsolvenzverwalters*. Dieser ist vor den nach Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO zuständigen Gerichten ein *ausländischer* vorläufiger Hauptinsolvenzverwalter.
- ²⁶⁸ Mit der wohl h.L. ist für die Anwendung von Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO das Bestehen einer Niederlassung des Gemeinschuldners im Sinne von Art. 2 Nr. 10 EuInsVO/Art. 2 lit. h aEuInsVO (vgl. auch Art. 3 Abs. 2 EuInsVO/aEuInsVO) im Mitgliedstaat, in dem der Antrag gestellt werden soll, zu fordern.⁶⁹⁴ In diesem Sinne bezweckt Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO die Sicherung des Gemeinschuldnervermögens hinsichtlich eines etwaigen späteren Sekundärinsolvenzverfahrens.⁶⁹⁵ Dies ergibt sich auch aus einer systematischen Auslegung. Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO findet sich im Kapitel III «Sekundärinsolvenzverfah-

⁶⁹¹ Vgl. VIRGÓS/SCHMIT, Rz. 262; Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMA-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 38 N 2; Hass/Huber/Gruber/Heiderhoff-HEIDERHOFF, Art. 38 N 1; Pannen-HERCHEN, Art. 38 N 1.

⁶⁹² Vgl. Pannen-HERCHEN, Art. 38 N 1; MOSS/FLETCHER/ISAACS, Rz. 8.440.

⁶⁹³ Die Anwendungsbeschränkung von Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO auf vorläufige Hauptinsolvenzverwalter wurde durch den EuGH bestätigt: EuGH v. 02.05.2006, Rs. C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, Rz. 57.

⁶⁹⁴ Vgl. VIRGÓS/SCHMIT, Rz. 262; Schmidt-BRINKMANN, Art. 38 EuInsVO N 5; Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMA-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 38 N 9 f.; Uhlenbruck/Hirte/Vallender-LÜER, Art. 38 EuInsVO N 4; PAULUS, EuInsVO, Art. 38 N 2; Münch Komm InsO IV-REINHART, Art. 38 EuInsVO 2000 N 9; Leonhard-Smid/Zeuner-SMID, Art. 38 EuInsVO N 12. A.A. Hass/Huber/Gruber/Heiderhoff-HEIDERHOFF, Art. 38 N 2; Pannen-HERCHEN, Art. 38 N 10 f.; Rauscher II-MÄSCH, Art. 38 EuInsVO N 8; Konecny/Schubert-POGACAR, Art. 38 EuInsVO N 7; Gottwald-KOLMANN/KELLER, § 131 N 84; MOSS/FLETCHER/ISAACS, Rz. 8.441.

⁶⁹⁵ Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMA-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 38 N 1. Vgl. auch Uhlenbruck/Hirte/Vallender-LÜER, Art. 38 EuInsVO N 4; Leonhard-Smid/Zeuner-SMID, Art. 38 EuInsVO N 5; VIRGÓS/GARCIMARTÍN, S. 201.

ren».⁶⁹⁶ Diese systematische Einordnung ist denn auch im Rahmen der Neufassung der EuInsVO, trotz der bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Auslegung von Art. 38 aEuInsVO, nicht angepasst worden. Dies lässt ebenfalls darauf schliessen, dass der Anwendungsbereich von Art. 52 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO auf Niederlassungsstaaten des Gemeinschuldners beschränkt bleiben soll.

B. Weitere von der Prozessführungsbefugnis erfasste prozessuale Befugnisse?

In Art. 2 Nr. 5 EuInsVO wird für die Bestimmung des Begriffes des «Verwalters» auf Anhang B der Verordnung verwiesen (vgl. auch Art. 2 lit. b aEuInsVO mit Verweis auf Anhang C), der für einzelne EU-Mitgliedstaaten⁶⁹⁷ auch die Aufzählung vorläufiger Verwalter enthält.⁶⁹⁸ Vorläufige (Haupt-)Insolvenzverwalter sind somit von der Begriffsdefinition von Art. 2 Nr. 5 EuInsVO (aber auch schon von Art. 2 lit. b aEuInsVO) erfasst.⁶⁹⁹ Mit der Neufassung der Verordnung erfuhr der Artikel zur Bestimmung des Begriffes «Verwalter» zudem eine Anpassung (vgl. Art. 2 Nr. 5 EuInsVO/Art. 2 lit. b aEuInsVO). Zusätzlich zu weiteren Änderungen wurde der Wortlaut der Bestimmung um den Begriff «vorläufig» ergänzt: «Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck «Verwalter» jede Person oder Stelle, deren Aufgabe es ist, auch *vorläufig* [...] die Insolvenzmasse [...] zu verwalten [...]» [Kursivdruck hinzugefügt] (Art. 2 Nr. 5 lit. iii EuInsVO).⁷⁰⁰ Mit dieser Ergänzung erfolgte daher die Verdeutlichung, dass auch vorläufige Insolvenzverwalter als «Verwalter» im Sinne der Verordnung gelten.⁷⁰¹

Die EuInsVO verwendet den Begriff des «Verwalter[s]» in Bezug auf die Normierung von Antrags-, Widerspruchs- und Anfechtungsbefugnissen von *Hauptinsolvenzverwaltern*⁷⁰². Aus der zuvor angesprochenen Ergänzung des

⁶⁹⁶ So auch Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMa-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 38 N 10; MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 38 EuInsVO 2000 N 10. Vgl. auch Nerlich/Römermann-COMMANDEUR, Art. 38 EuInsVO N 3 ff.

⁶⁹⁷ Z.B. Belgien, Deutschland, Irland, Österreich, Vereinigtes Königreich.

⁶⁹⁸ Vgl. Wimmer/Bornemann/Lienau-LIENAU, Rz. 160.

⁶⁹⁹ MünchKomm InsO IV-THOLE, Art. 2 EuInsVO 2015 N 7; Wimmer/Bornemann/Lienau-LIENAU, Rz. 160.

⁷⁰⁰ MünchKomm InsO IV-THOLE, Art. 2 EuInsVO 2015 N 7.

⁷⁰¹ Wimmer/Bornemann/Lienau-LIENAU, Rz. 160.

⁷⁰² Vgl. zur Verwendung des Begriffes «Verwalter» für *Antragsbefugnisse*: Art. 28 Abs. 1 EuInsVO (Öffentliche Bekanntmachung in einem anderen Mitgliedstaat); Art. 29 Abs. 2

Wortlautes von Art. 2 Nr. 5 EuInsVO, aber auch aus dem Verweis in Art. 2 Nr. 5 EuInsVO auf Anhang B (resp. in Art. 2 lit. b aEuInsVO auf Anhang C) wird in der neueren Literatur der Schluss gezogen, dass einem *vorläufigen Hauptinsolvenzverwalter* zusätzliche Antragsbefugnisse zustehen, über die auch der «endgültige» Hauptinsolvenzverwalter verfügt.⁷⁰³ In der Literatur werden diesbezüglich die folgenden Antragsbefugnisse genannt:

- Antrag auf öffentliche Bekanntmachung der Bestellung des vorläufigen Hauptinsolvenzverwalters sowie von im Hauptinsolvenzeröffnungsverfahren angeordneten Sicherungsmassnahmen (Art. 28 EuInsVO)^{704, 705}

EuInsVO (Eintragung in öffentliche Register eines anderen Mitgliedstaates); Art. 37 Abs. 1 lit. a EuInsVO (Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens); Art. 38 Abs. 2 EuInsVO (Nichteröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens); Art. 38 Abs. 3 EuInsVO (Aussetzung der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens); Art. 38 Abs. 4 EuInsVO (Eröffnung eines anderen Insolvenzverfahrens); Art. 46 Abs. 1 EuInsVO (Aussetzung der Verwertung der Insolvenzmasse); Art. 46 Abs. 2 lit. a EuInsVO (Aufhebung der Aussetzung der Verwertung der Insolvenzmasse); Art. 51 Abs. 1 EuInsVO (Umwandlung des Sekundärinsolvenzverfahrens); Art. 60 Abs. 1 lit. b EuInsVO (Aussetzung von Massnahmen bezüglich der Verwertung der Insolvenzmasse einer anderen gruppenangehörigen Gesellschaft); Art. 60 Abs. 1 lit. c sowie Art. 61 Abs. 1 EuInsVO (Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens); Art. 69 Abs. 1 EuInsVO (Nachträgliches *Opt-in*); Art. 75 EuInsVO (Abberufung des Koordinationsverwalters); Art. 77 Abs. 4 EuInsVO (Kosten- und Kostenaufteilung). Vgl. für *Widerspruchsbefugnisse*: Art. 64 Abs. 1 lit. a EuInsVO (Einbeziehung in Gruppen-Koordinationsverfahren); Art. 64 Abs. 1 lit. b EuInsVO (Person des Koordinationsverwalters); Art. 77 Abs. 3 EuInsVO (Kosten und Kostenaufteilung). Vgl. für *Anfechtungsbefugnisse*: Art. 39 EuInsVO (Nachprüfung des Entscheides zur Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens); Art. 69 Abs. 4 EuInsVO (Nachprüfung des Entscheides zur Einbeziehung einer gruppenangehörigen Gesellschaft in ein Gruppen-Koordinationsverfahren); Art. 77 Abs. 5 EuInsVO (Nachprüfung des Entscheides über Kosten und Kostenaufteilung).

⁷⁰³ Dabei wird keine Unterscheidung danach getroffen, ob die EuInsVO von «Verwalter» (vgl. z.B. Art. 28 Abs. 1 EuInsVO; Art. 29 Abs. 2 EuInsVO; Art. 60 Abs. 1 lit. b EuInsVO) oder von «Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens» (vgl. z.B. Art. 37 Abs. 1 lit. a EuInsVO; Art. 38 Abs. 2 EuInsVO; Art. 46 Abs. 1 EuInsVO) spricht.

⁷⁰⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 236 f.

⁷⁰⁵ Schmidt-BRINKMANN, Art. 21 EuInsVO N 6; Braun-EHRET, Art. 28 N 5; REINHART, S. 203. Vgl. auch Mankowski/Müller/Schmidt-MÜLLER, Art. 28 N 5; MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 21 EuInsVO 2000 N 3. Aus logischen Gründen kann einem vorläufigen Hauptinsolvenzverwalter nicht die Befugnis zukommen, die öffentliche Bekanntmachung des Entscheides zur Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens zu beantragen (im Ergebnis auch Braun-EHRET, Art. 28 N 5).

- Antrag auf Eintragung der Bestellung des vorläufigen Hauptinsolvenzverwalters sowie von im Hauptinsolvenzeröffnungsverfahren angeordneten Sicherungsmassnahmen in öffentliche Register (Art. 29 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 EuInsVO)^{706, 707}
- Antrag auf Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens (Art. 37 Abs. 1 lit. a EuInsVO/Art. 29 Abs. 1 lit. a aEuInsVO)^{708, 709}
- Antrag auf Aussetzung der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens (Art. 38 Abs. 3 EuInsVO)^{710, 711}
- Antrag auf Aussetzung der Verwertung der Sekundärinsolvenzmasse (Art. 46 Abs. 1 EuInsVO/Art. 33 Abs. 1 aEuInsVO)^{712, 713}
- Antrag auf Umwandlung des Sekundärinsolvenzverfahrens (Art. 51 Abs. 1 EuInsVO)^{714, 715}

⁷⁰⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 238 f.

⁷⁰⁷ Vgl. Schmidt-BRINKMANN, Art. 21 EuInsVO N 6 sowie Art. 22 EuInsVO N 4; Braun-EHRET, Art. 29 N 6; Mankowski/Müller/Schmidt-MÜLLER, Art. 29 N 3; REINHART, S. 203. Im Ergebnis wohl MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 22 EuInsVO 2000 N 2. Aus logischen Gründen kann einem vorläufigen Hauptinsolvenzverwalter nicht die Befugnis zukommen, die Eintragung des Entscheides zur Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens in öffentliche Register zu beantragen (im Ergebnis auch Braun-EHRET, Art. 29 N 6).

⁷⁰⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 241.

⁷⁰⁹ Braun-DELZANT, Art. 37 N 3; Mankowski/Müller/Schmidt-MÜLLER, Art. 37 N 5; MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 29 EuInsVO 2000 N 4 m.V.a. weitere zu erfüllende Voraussetzungen; MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 52 EuInsVO 2015 i.V.m. MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 38 EuInsVO 2000 N 11. A.A. VIRGÓS/SCHMIT, Rz. 262; Schmidt-BRINKMANN, Art. 29 N 4 m.w.H.; Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMA-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 29 N 9 sowie Art. 38 N 2; Pannen-HERCHEN, Art. 29 N 20; Konecny/Schubert-POGACAR, Art. 38 EuInsVO N 4; Gottwald-KOLMANN/KELLER, § 131 N 84; VIRGÓS/GARCIMARTÍN, S. 201. Hinsichtlich der abweichenden Ansichten ist zu berücksichtigen, dass diese teilweise in Publikationen geäußert wurden, die zu Beginn der Geltung der aEuInsVO erschienen sind.

⁷¹⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 244.

⁷¹¹ MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 38 EuInsVO 2015 N 23.

⁷¹² Vgl. dazu vorstehend Rz. 246.

⁷¹³ Braun-DELZANT, Art. 46 N 4; MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 33 EuInsVO 2000 N 4 m.V.a. weitere zu erfüllende Voraussetzungen. M.E. muss konsequenterweise vorläufigen Hauptinsolvenzverwaltern auch die Befugnis zustehen, die Aufhebung der Aussetzung der Verwertung zu beantragen (Art. 46 Abs. 2 lit. a EuInsVO/Art. 33 Abs. 2 lit. a aEuInsVO; vgl. dazu vorstehend Rz. 246).

- Antrag auf Eröffnung eines Gruppen-Koordinationsverfahrens (Art. 60 Abs. 1 lit. c sowie Art. 61 Abs. 1 EuInsVO)^{716, 717}
- Antrag auf nachträgliches *Opt-in* in Gruppen-Koordinationsverfahren (Art. 69 Abs. 1 EuInsVO)^{718, 719}

271 M.E. muss hinsichtlich jeder von der Prozessführungsbefugnis erfassten prozessualen Befugnis, die einem (endgültigen) Hauptinsolvenzverwalter nach der EuInsVO zusteht, geprüft werden, ob diese Befugnis auch einem vorläufigen Hauptinsolvenzverwalter zukommen kann. Dies bedeutet, dass nicht jede Befugnis, für die die EuInsVO/aEuInsVO auf den «Verwalter» verweist, auch einem vorläufigen Hauptinsolvenzverwalter zusteht. Es muss aber einem vorläufigen Hauptinsolvenzverwalter, soweit dies mit seiner Stellung und Funktion vereinbar ist, möglich sein, gewisse durch die EuInsVO normierte Befugnisse wahrzunehmen, um die Interessen der (vorläufigen) Insolvenzmasse schützen zu können. Daher muss einem vorläufigen Hauptinsolvenzverwalter zum Beispiel auch die Widerspruchsbefugnis gegen die Einbeziehung des Insolvenzverfahrens, für das er vorläufig bestellt wurde, in ein Gruppen-Koordinationsverfahren (Art. 64 Abs. 1 lit. a EuInsVO)⁷²⁰ sowie gegen die als Koordinationsverwalter vorgeschlagene Person (Art. 64 Abs. 1 lit. b EuInsVO)⁷²¹ zustehen. Ebenso spricht m.E. nichts dagegen, einem vorläufigen Hauptinsolvenzverwalter die Anfechtungsbefugnis bezüglich des Entscheides zur Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens (Art. 39 EuInsVO)⁷²² sowie bezüglich des Entscheides zur Einbeziehung einer gruppenangehörigen Gesellschaft in ein Gruppen-Koordinationsverfahren (Art. 69 Abs. 4 EuInsVO)⁷²³ zuzugestehen.

⁷¹⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 247.

⁷¹⁵ MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 51 EuInsVO 2015 N 4.

⁷¹⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 251.

⁷¹⁷ Braun-ESSER, Art. 61 N 13; MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 61 EuInsVO 2015 N 5 m.V.a. weitere zu erfüllende Voraussetzungen; Wimmer/Bornemann/Lienau-BORNEMANN, Rz. 598.

⁷¹⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 253.

⁷¹⁹ Braun-ESSER, Art. 69 N 4; MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 69 EuInsVO 2015 N 7 FN 4 m.V.a. MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 61 EuInsVO 2015 N 5.

⁷²⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 257.

⁷²¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 258.

⁷²² Vgl. dazu vorstehend Rz. 260.

⁷²³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 261.

Wohl aus logischen Gründen werden einem vorläufigen Hauptinsolvenzverwalter die Widerspruchs- sowie die Anfechtungsbefugnis bezüglich der für den Koordinationsverwalter angefallenen Kosten und der diesbezüglichen Kostenaufteilung (Art. 77 Abs. 3 sowie Abs. 4 EuInsVO)⁷²⁴ nicht zustehen, da davon auszugehen ist, dass im Zeitpunkt des Kostenentscheides die (endgültige) Hauptinsolvenzeröffnung erfolgt ist. 272

3. Prozessführungsbefugnis ausländischer Territorialinsolvenzverwalter

Soweit die EuInsVO nichts Abweichendes bestimmt, finden auf Territorialinsolvenzverfahren die Rechtsvorschriften des EU-Mitgliedstaates Anwendung, in dessen Gebiet das Territorialinsolvenzverfahren eröffnet wurde (*lex fori concursus territorialis*), d.h. die *lex fori concursus particularis* resp. die *lex fori concursus subsidiaris*.⁷²⁵ In diesem Sinne regelt die *lex fori concursus territorialis* denn auch die Befugnisse und damit die Prozessführungsbefugnis von Territorialinsolvenzverwaltern (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. c EuInsVO/Art. 4 Abs. 2 lit. c aEuInsVO; vgl. auch Art. 35 EuInsVO/Art. 28 aEuInsVO für das Sekundärinsolvenzverfahren). 273

Die Eröffnung eines Territorialinsolvenzverfahrens wird in den anderen EU-Mitgliedstaaten automatisch anerkannt (vgl. Art. 19 Abs. 1 EuInsVO/Art. 16 Abs. 1 aEuInsVO), wobei die Wirkungen eines solchen Insolvenzverfahrens in den anderen Mitgliedstaaten nicht in Frage gestellt werden dürfen (Art. 20 Abs. 2 EuInsVO/Art. 17 Abs. 2 aEuInsVO). 274

Zwar besteht auf den ersten Blick der Eindruck, dass Territorialinsolvenzverwalter als Folge der territorialen Begrenzung der Wirkungen eines Territorialinsolvenzverfahrens auf das im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates gelegene Vermögen des Gemeinschuldners (vgl. Art. 3 Abs. 2 EuInsVO/aEuInsVO) grundsätzlich über keine grenzüberschreitende Prozessführungsbefugnis verfügen. Diesbezüglich ist jedoch zu beachten, dass die Er- 275

⁷²⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 255 f., Rz. 259 sowie Rz. 262.

⁷²⁵ Vgl. Schmidt-BRINKMANN, Art. 4 EuInsVO N 3; Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMA-KEPPLINGER, Art. 4 N 3 f.; Uhlenbruck/Hirte/Vallender-LÜER, Art. 4 EuInsVO N 10 f.; Hass/Huber/Gruber/Heiderhoff-HASS/HERWEG, Art. 4 N 5; Hass/Huber/Gruber/Heiderhoff-HEIDERHOFF, Art. 28 N 1 f.; Pannen-PANNEN/RIEDEMANN, Art. 4 N 7.

öffnung eines Territorialinsolvenzverfahrens nur eine massebezogene, nicht aber eine lokale Einschränkung des (prozessualen) Tätigkeitsbereiches des Territorialinsolvenzverwalters mit sich bringt.⁷²⁶ Der Territorialinsolvenzverwalter kann daher ausserhalb des Territorialinsolvenzeröffnungsstaates – und damit als *ausländischer* Territorialinsolvenzverwalter in der Form des ausländischen Partikular- oder Sekundärinsolvenzverwalters – diejenigen Befugnisse zur Prozessführung ausüben, die ihm durch die Verordnung zugesprochen werden.⁷²⁷

- 276 Wird der Territorialinsolvenzverwalter ausserhalb des Hoheitsgebiets tätig, in dem das Territorialinsolvenzverfahren eröffnet wurde, hat er bei der Ausübung seiner Befugnisse das Recht jenes EU-Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet er handeln will, zu achten (Art. 21 Abs. 3 EuInsVO/Art. 18 Abs. 3 aEuInsVO).⁷²⁸ Art. 21 Abs. 3 EuInsVO/Art. 18 Abs. 3 aEuInsVO findet insofern auch auf Territorialinsolvenzverwalter Anwendung.⁷²⁹

A. Beantragung der öffentlichen Bekanntmachung des Entscheides zur Eröffnung eines Territorialinsolvenzverfahrens

- 277 In Bezug auf die öffentliche Bekanntmachung des Entscheides zur Eröffnung des Territorialinsolvenzverfahrens sowie gegebenenfalls des Entscheides zur Bestellung des Insolvenzverwalters (Art. 28 EuInsVO) deckt sich die Prozessführungsbefugnis ausländischer Territorialinsolvenzverwalter mit jener ausländischer Hauptinsolvenzverwalter.^{730 731}

⁷²⁶ Hass/Huber/Gruber/Heiderhoff-GRUBER, Art. 18 N 18. Im Ergebnis auch Schmidt-BRINKMANN, Art. 18 EuInsVO N 8; Konecny/Schubert-KLAUSER/POGACAR, Art. 18 EuInsVO N 32 ff. Vgl. auch Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSM-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 18 N 24 f.; Pannen-PANNEN/RIEDEMANN, Art. 18 N 37 ff.; Leonhardt/Smid/Zeuner-SMID, Art. 18 EuInsVO N 14; GEROLDINGER, S. 113.

⁷²⁷ Vgl. FEHRENBACH, S. 257.

⁷²⁸ Vgl. zu Art. 21 Abs. 3 EuInsVO/Art. 18 Abs. 3 aEuInsVO vorstehend Rz. 232.

⁷²⁹ Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSM-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 18 N 2; Hass/Huber/Gruber/Heiderhoff-GRUBER, Art. 18 N 18; Konecny/Schubert-KLAUSER/POGACAR, Art. 18 EuInsVO N 37; Pannen-PANNEN/RIEDEMANN, Art. 18 N 43; PAULUS, EuInsVO, Art. 18 N 18a.

⁷³⁰ Vgl. vorstehend Rz. 236 f.

⁷³¹ Im Ergebnis wohl Braun-EHRET, Art. 28 N 5. Vgl. bezüglich der Geltung von Art. 28 EuInsVO für Territorialinsolvenzverwalter die Literatur zu Art. 21 aEuInsVO, die trotz der materiellen Modifikationen im Rahmen der Neufassung der Bestimmung hinsicht-

B. Klagerechte

a) *Herausgabeklage*

Einem Territorialinsolvenzverwalter steht vor den Gerichten eines anderen EU-Mitgliedstaates die Prozessführungsbefugnis für eine Herausgabeklage nach Art. 21 Abs. 2 EuInsVO/Art. 18 Abs. 2 aEuInsVO zu.⁷³² Damit kann ein Territorialinsolvenzverwalter in jedem anderen EU-Mitgliedstaat gerichtlich geltend machen, dass ein beweglicher Gegenstand nach der Eröffnung des Territorialinsolvenzverfahrens aus dem Hoheitsgebiet des Staates der Territorialinsolvenzeröffnung in das Hoheitsgebiet dieses anderen Mitgliedstaates verbracht worden ist (Art. 21 Abs. 2 EuInsVO/Art. 18 Abs. 2 aEuInsVO).²⁷⁸

b) *Anfechtungsklage*

Aus Art. 21 Abs. 2 EuInsVO/Art. 18 Abs. 2 aEuInsVO ergibt sich zudem die Prozessführungsbefugnis eines Territorialinsolvenzverwalters, eine Anfechtungsklage vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaates zu erheben (Art. 21 Abs. 2 EuInsVO/Art. 18 Abs. 2 aEuInsVO).⁷³³²⁷⁹

lich der Antragsbefugnis von Territorialinsolvenzverwaltern konsultiert werden kann: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMA-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 21 N 6; Uhlenbruck/Hirte/Vallender-LÜER, Art. 21 EuInsVO N 5. A.A. Leonhardt/Smid/Zeuner-SMID, Art. 21 EuInsVO N 3 sowie N 5.

⁷³² Vgl. Schmidt-BRINKMANN, Art. 18 EuInsVO N 8; Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMA-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 18 N 25; Hass/Huber/Gruber/Heiderhoff-GRUBER, Art. 18 N 16; Konecny/Schubert-KLAUSER/POGACAR, Art. 18 EuInsVO N 33; Pannen-PANNEN/RIEDEMANN, Art. 18 N 39; OBERHAMMER, Anfechtungsbefugnis, S. 279.

⁷³³ Vgl. zur Möglichkeit der Anhebung einer Anfechtungsklage im Detail: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMA-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 18 N 25; Hass/Huber/Gruber/Heiderhoff-GRUBER, Art. 18 N 17; Konecny/Schubert-KLAUSER/POGACAR, Art. 18 EuInsVO N 34; Pannen-PANNEN/RIEDEMANN, Art. 18 N 40; PAULUS, EuInsVO, Art. 18 N 16 ff.; MünchKomm InsO IV-REINHART, Art. 18 N 14 ff.; Leonhardt/Smid/Zeuner-SMID, Art. 18 EuInsVO N 14. Vgl. auch OBERHAMMER, Anfechtungsbefugnis, S. 271 ff.

C. Weitere von der Prozessführungsbefugnis erfasste prozessuale Befugnisse?

- 280 In der Lehre wird teilweise die Ansicht vertreten, dass die in Art. 21 Abs. 2 EuInsVO/Art. 18 Abs. 2 aEuInsVO enthaltene Aufzählung nicht abschließend sei und ein Territorialinsolvenzverwalter auch weitere von der Prozessführungsbefugnis erfasste prozessuale Befugnisse in anderen Mitgliedstaaten ausüben könne, soweit Vermögenswerte der Territorialinsolvenzmasse betroffen seien.⁷³⁴
- 281 Da die Territorialinsolvenzeröffnung nur zu einer massebezogenen, nicht aber einer lokalen Beschränkung der Wirkungen des Territorialinsolvenzverfahrens führt,⁷³⁵ ist nach der hier vertretenen Auffassung keine Einschränkung der grenzüberschreitenden Prozessführungsbefugnis von Territorialinsolvenzverwaltern auf die in Art. 21 Abs. 2 EuInsVO/Art. 18 Abs. 2 aEuInsVO normierten Klagerechte zu rechtfertigen.⁷³⁶ Daher kann Territorialinsolvenzverwaltern grenzüberschreitend auch eine über die in Art. 21 Abs. 2 EuInsVO/Art. 18 Abs. 2 aEuInsVO ausdrücklich genannten Befugnisse hinausgehende Prozessführungsbefugnis zustehen.

III. Fazit

- 282 Als Folge des in der EuInsVO verankerten modifizierten Universalitätsprinzips regelt im EU-internen Verhältnis die *lex fori concursus generalis*⁷³⁷ resp. die *lex fori concursus territorialis*⁷³⁸ die Befugnisse und damit auch die Prozessführungsbefugnis von Haupt- resp. Territorialinsolvenzverwaltern in grenzüberschreitenden Sachverhalten. Haupt- und Territorialinsolvenzverwalter verfügen daher in anderen EU-Mitgliedstaaten für Verfahren bezüg-

⁷³⁴ Vgl. Hass/Huber/Gruber/Heiderhoff-GRUBER, Art. 18 N 18; Nerlich/Römermann-NERLICH, Art. 18 EuInsVO N 6. Im Ergebnis a.A.: Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSMa-KEPPLINGER/CHALUPSKY, Art. 18 N 24 ff.; Konecny/Schubert-KLAUSER/POGACAR, Art. 18 EuInsVO N 35; Pannen-PANNEN/RIEDEMANN, Art. 18 N 42; Leonhardt/Smid/Zeuner-SMID, Art. 18 EuInsVO N 14. Vgl. auch MünchKomm InsO IV-THOLE, Art. 18 EuInsVO 2000 N 18.

⁷³⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 275.

⁷³⁶ So auch MünchKomm InsO IV-THOLE, Art. 18 EuInsVO 2000 N 18.

⁷³⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 231.

⁷³⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 273.

lich der Haupt- resp. Territorialinsolvenzmasse über die Prozessführungsbe-
fugnis, soweit diese von der *lex fori concursus generalis* resp. der *lex fori*
conkurs territorialis gewährt wird.⁷³⁹ Eine Beschränkung der Prozessfüh-
rungsbezugnis ausländischer (Haupt-)Insolvenzverwalter im Sinne der Rege-
lung des IPRG ist damit im EU-internen Verhältnis nicht zulässig.

Eine Erweiterung der grenzüberschreitenden Prozessführungsbezugnis von 283
Insolvenzverwaltern im EU-internen Verhältnis erfolgt durch die Einräu-
mung von prozessualen Befugnissen durch die EuInsVO.⁷⁴⁰ Dadurch wird
innerhalb der EU eine Sicherstellung und Vereinheitlichung der unbedingt
notwendigen Aspekte der (grenzüberschreitenden) Prozessführungsbezugnis
von Insolvenzverwaltern im EU-Raum angestrebt. Insbesondere Hauptinsol-
venzverwaltern soll dadurch ein Mindestmass an prozessualen Eingriffs- und
Einflussmöglichkeiten gesichert werden. Auf diese Weise wird auch als
Folge der prozessualen Befugnisse die Dominanz ausländischer Hauptinsol-
venzverwalter im EU-internen Raum gestärkt. Dabei stehen vornehmlich
Eingriffs- und Einflussmöglichkeiten von (ausländischen) Hauptinsolvenz-
verwaltern hinsichtlich Sekundärinsolvenzverfahren oder Hauptinsolvenz-
verfahren gruppenangehöriger Gesellschaften im Vordergrund. In diesem
Zusammenhang fällt auf, dass im Zuge der Neufassung der EuInsVO eine
wesentliche Stärkung der Prozessführungsbezugnis von Hauptinsolvenzver-
waltern, ausserhalb des Hauptinsolvenzeröffnungsstaates erfolgte. Jene von
Territorialinsolvenzverwaltern entspricht grundsätzlich derjenigen der
aEuInsVO.

Soweit Hauptinsolvenzverwalter betroffen sind, erschöpft sich die Prozess- 284
führungsbezugnis in Staaten ausserhalb des Hauptinsolvenzeröffnungsstaates
vorwiegend in durch die EuInsVO normierten Antrags-, Widerspruchs- und
Anfechtungsbeugnissen.⁷⁴¹ Aber auch Territorialinsolvenzverwaltern kom-
men zusätzlich zur durch Art. 28 EuInsVO eingeräumten Antragsbezugnis
auch die durch die EuInsVO normierten Klagerechte (vgl. Art. 21 Abs. 2
EuInsVO/Art. 18 Abs. 2 aEuInsVO) zu.⁷⁴² Letztlich wird aber auch für Mit-
gliedstaaten, die das Institut des vorläufigen Hauptinsolvenzverwalters in
ihrem nationalen Insolvenzrecht vorsehen, durch die EuInsVO vorläufigen
Hauptinsolvenzverwaltern die Möglichkeit zur grenzüberschreitenden Bean-

⁷³⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 231 sowie Rz. 273.

⁷⁴⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 233.

⁷⁴¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 234 ff.

⁷⁴² Vgl. dazu vorstehend Rz. 277 ff.

tragung von Sicherungsmassnahmen nach Art. 53 EuInsVO/Art. 38 aEuInsVO eingeräumt.⁷⁴³ Darüber hinaus sollen vorläufigen Hauptinsolvenzverwaltern aber auch grundsätzlich diejenigen durch die EuInsVO normierten grenzüberschreitenden Antrags-, Widerspruchs- und Anfechtungsbefugnisse zustehen, über die (endgültige) Hauptinsolvenzverwalter verfügen, soweit diese Befugnisse mit der Stellung und Funktion des *vorläufigen* Hauptinsolvenzverwalters vereinbar sind.⁷⁴⁴

- 285 Auch mit der Normierung von Befugnissen zur Prozessführung, die Insolvenzverwaltern grenzüberschreitend zustehen, soll das primäre Ziel der Verbesserung der Effizienz und der Wirksamkeit von Insolvenzverfahren mit grenzüberschreitender Wirkung⁷⁴⁵ erreicht werden. Unnötige Hürden und Kautelen, die im Ergebnis zu Lasten der Insolvenzmasse und damit der Insolvenzgläubiger gehen können, sollen durch die EuInsVO/aEuInsVO möglichst eingeschränkt werden.⁷⁴⁶ Diese Universalisierung gilt aber nur im EU-internen Verhältnis. Sobald Drittstaaten betroffen sind, muss das diesbezügliche nationale internationale Insolvenzrecht der beteiligten Staaten berücksichtigt werden. Abhängig von der Ausgestaltung der Prozessführungsbefugnis ausländischer (Haupt-)Insolvenzverwalter im autonomen Recht des betroffenen Drittstaates kann die liberale Ausgestaltung der Prozessführungsbefugnis ausländischer (Haupt-)Insolvenzverwalter da ihre Grenzen finden.

⁷⁴³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 266 ff.

⁷⁴⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 269 ff.

⁷⁴⁵ Vgl. zu diesem Zweck: Erwägungsgrund 3 sowie Erwägungsgrund 8 EuInsVO.

⁷⁴⁶ Die aEuInsVO hat, trotz bestehender Mängel, zu einer Erleichterung in der Abwicklung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren geführt (vgl. COM[2012] 744, S. 2; SWD[2012] 417, S. 3) und gilt im Allgemeinen als erfolgreiches Instrument zur Koordinierung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren in der EU (COM[2012] 743, S. 4; External Evaluation, S. 10; HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, Rz. 34).

7. Teil: Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach dem UNCITRAL-Modellgesetz

I. Einleitende Bemerkungen zum UNCITRAL- Modellgesetz

Das UNCITRAL-Modellgesetz über grenzüberschreitende Insolvenzverfahren («UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency») wurde am 30. Mai 1997 von der UNCITRAL verabschiedet.⁷⁴⁷ Es ist als Mustergesetz für die nationale Gesetzgebung konzipiert⁷⁴⁸ und dient Staaten, die beabsichtigen auf dem Gebiet des internationalen Insolvenzrechts ein Gesetz zu erlassen oder das bereits bestehende nationale internationale Insolvenzrecht zu revidieren, als Vorlage oder Empfehlung.⁷⁴⁹ Durch das Modellgesetz wird somit eine internationale Rechtsvereinheitlichung angestrebt.⁷⁵⁰ Bis anhin haben 43 Staaten ihr nationales internationales Insolvenzrecht an den Bestimmungen des UNCITRAL-Modellgesetzes ausgerichtet.⁷⁵¹ Mit Griechen-

⁷⁴⁷ Vgl. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html (zuletzt besucht am 04.11.2017).

⁷⁴⁸ UNCITRAL Guide, Rz. 1.

⁷⁴⁹ Vgl. BENNING/WEHLING, S. 619; BISCHOFF, S. 628; MARKUS, Internationales Insolvenzrecht, S. 295; MARKUS, UNCITRAL-Modellgesetz, S. 19 f.; WESSELS, Current Topics, S. 41. Vgl. auch UNCITRAL Guide, Rz. 19 f.

⁷⁵⁰ Vgl. BISCHOFF, S. 628.

⁷⁵¹ Dies sind die folgenden Staaten: Australien [2008], Benin [2015], Burkina Faso [2015], Kamerun [2015], Kanada [2005], Zentralafrikanische Republik [2015], Tschad [2015], Chile [2013], Kolumbien [2006], Komoren [2015], Kongo [2015], Elfenbeinküste [2015], Demokratische Republik Kongo [2015], Dominikanische Republik [2015], Äquatorialguinea [2015], Gabun [2015], Griechenland [2010], Guinea [2015], Guinea-Bissau [2015], Japan [2000], Kenia [2015], Malawi [2015], Mali [2015], Mauritius [2009], Mexiko [2000], Montenegro [2002], Neuseeland [2006], Niger [2015], Philippinen [2010], Polen [2003], Republik Korea [2006], Rumänien [2002], Senegal [2015], Serbien [2004], Seychellen [2013], Singapur [2017], Slowenien [2007], Südafrika [2000], Togo [2015], Uganda [2011], Britische Jungferninseln [2003], Gibraltar [2014], Grossbritannien [2006], Vereinigte Staaten von Amerika [2005], Vanuatu [2013] (http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html, zuletzt besucht am 04.11.2017).

land, Grossbritannien, Polen, Rumänien sowie Slowenien sind auch fünf EU-Staaten zu den «UNCITRAL-Staaten» zu zählen. Die noch immer wachsende Relevanz des UNCITRAL-Modellgesetzes zeigt sich unter anderem daran, dass in den letzten Jahren zahlreiche Länder ihr nationales internationales Insolvenzrecht am Mustergesetz ausgerichtet haben, zuletzt Singapur im Jahr 2017.

- 287 Das UNCITRAL-Modellgesetz⁷⁵² regelt in erster Linie den Zugang ausländischer Insolvenzverwalter und Gläubiger zu den Gerichten, Behörden und zu einem Insolvenzverfahren über den ausländischen Gemeinschuldner im Umsetzungsstaat (Art. 9 ff. UNCITRAL-Modellgesetz), die Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren im Umsetzungsstaat (Art. 15 ff. UNCITRAL-Modellgesetz) sowie die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Insolvenzverwaltern und Gerichten (Art. 25 ff. UNCITRAL-Modellgesetz).⁷⁵³ Das Modellgesetz erfasst somit das internationale Insolvenzverfahrensrecht. Es wird jedoch keine Vereinheitlichung des materiellen Insolvenzrechts angestrebt.⁷⁵⁴
- 288 Das UNCITRAL-Modellgesetz geht, wie die EuInsVO⁷⁵⁵, vom Grundsatz der modifizierten Universalität aus.⁷⁵⁶ Neben einem Hauptinsolvenzverfahren, welches grundsätzlich universelle Wirkung zeitigt, sind Territorialinsolvenzverfahren denkbar, deren Wirkungen sich auf die im Staat der Territorialinsolvenzverfahrenseröffnung gelegenen Vermögenswerte des Gemeinschuldners beschränken.⁷⁵⁷ In diesem Sinne unterscheidet das UNCITRAL-Modellgesetz zwischen *ausländischen Hauptinsolvenzverfahren* (Art. 2 lit. b; Art. 17 Abs. 2 lit. a UNCITRAL-Modellgesetz) und *ausländischen Territorialinsolvenzverfahren* (Art. 2 lit. c; Art. 17 Abs. 2 lit. b UNCITRAL-Modellgesetz). Erstere sind im Staat, in dem sich der Mittelpunkt der hauptsächlichsten Interessen des Gemeinschuldners befindet, zu eröffnen (Art. 2 lit. b UNCITRAL-Modellgesetz), während Letztere am Ort der Niederlas-

⁷⁵² Nach Art. 1 Abs. 2 UNCITRAL-Modellgesetz kann ein Umsetzungsstaat vorsehen, dass das Gesetz (das infolge der Umsetzung des UNCITRAL-Modellgesetzes in das nationale Recht besteht) keine Anwendung auf Insolvenzverfahren z.B. über Banken oder Versicherungen findet.

⁷⁵³ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 405.

⁷⁵⁴ UNCITRAL Guide, Rz. 3; PANNEN-HOLLANDER/GRAHAM, UNCITRAL N 15; CRONIN, S. 711; WESSELS, Current Topics, S. 41.

⁷⁵⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 225.

⁷⁵⁶ PANNEN-PANNEN/RIEDEMANN, Einleitung N 36; PAULUS, Grundlagen, S. 335.

⁷⁵⁷ Vgl. WYEN, S. 18.

sung eines Gemeinschuldners stattfinden (Art. 2 lit. c i.V.m. lit. f UNCITRAL-Modellgesetz).

Das Modellgesetz sieht, im Gegensatz zur EuInsVO⁷⁵⁸, keine automatische 289
Anerkennung von ausländischen Insolvenzverfahren vor.⁷⁵⁹ Stattdessen ist
für eine Wirkungserstreckung eines ausländischen Insolvenzverfahrens auf
den Umsetzungsstaat ein formelles Anerkennungsverfahren (vgl. Art. 15 ff.
UNCITRAL-Modellgesetz) erforderlich.⁷⁶⁰ Nach der Regelung im UNCIT-
RAL-Modellgesetz erfolgt aber im Fall einer Anerkennung eines ausländi-
schen Insolvenzverfahrens, im Unterschied zur Regelung im IPRG⁷⁶¹, keine
automatische Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens im Umsetzungs-
staat.⁷⁶²

II. Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter

Der UNCITRAL Guide, der als Leitfaden für die Umsetzung des UNCIT- 290
RAL-Modellgesetzes dient,⁷⁶³ verweist für den in der englischen Sprache für
Prozessführungsbefugnis verwendeten Begriff «standing» auf die Ausdrücke
«procedural legitimation» («prozessuale Legitimation»), «active legitimation»
 («Aktivlegitimation») resp. «legitimation» («Legitimation»).⁷⁶⁴ Die vom
UNCITRAL Guide als Synonyme genannten Begriffe lassen darauf schlies-
sen, dass der Guide, gleich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung,⁷⁶⁵ in
der Begriffsverwendung ungenau und inkonsequent ist, auch wenn im Er-
gebnis das Begriffsverständnis eindeutig ist. Der UNCITRAL Guide, aber
auch das UNCITRAL-Modellgesetz gehen im Ergebnis in Bezug auf den

⁷⁵⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 230 sowie Rz. 274.

⁷⁵⁹ WIMMER, S. 2222.

⁷⁶⁰ WIMMER, S. 2222.

⁷⁶¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60 sowie Rz. 65.

⁷⁶² MARKUS, UNCITRAL-Modellgesetz, S. 19.

⁷⁶³ Vgl. UNCITRAL Guide, Rz. 17.

⁷⁶⁴ UNCITRAL Guide, FN 25. Vgl. zum Begriff «standing» auch BERENDS, S. 340: «In a common law system, one may say the foreign representative has «standing» to apply [...]. In the language of countries that are more civil law orientated, it is appropriate to say that the foreign representative has «procedural legitimation» or the «competence» to apply [...].»

⁷⁶⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 74 f.

Begriff «standing» von der Prozessführungsbefugnis und nicht etwa von der materiellen Berechtigung an einem streitigen Anspruch⁷⁶⁶ aus. Dies ist zum einen an den durch den Begriff erfassten Tatbeständen ersichtlich.⁷⁶⁷ Andererseits spricht für diese Ansicht auch, dass das Modellgesetz das materielle Insolvenzrecht unberührt lässt.⁷⁶⁸

- 291 Für das UNCITRAL-Modellgesetz hat die Prozessführungsbefugnis⁷⁶⁹ eines *ausländischen* Insolvenzverwalters das Recht eines Insolvenzverwalters zum Gegenstand, in einem anderen Staat als dem Staat seiner Einsetzung, d.h. im Umsetzungsstaat, in eigenem Namen über einen Anspruch ein Verfahren zu führen.
- 292 Mit Blick auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor nationalen Gerichten enthält das UNCITRAL-Modellgesetz ein Grundbedarf von ausländischen Insolvenzverwaltern zustehenden durch die Prozessführungsbefugnis erfassten prozessualen Befugnissen. Dadurch wird die Vornahme von im Rahmen der Verwaltung einer ausländischen Insolvenzmasse notwendigen prozessualen Handlungen durch ausländische Insolvenzverwalter im Umsetzungsstaat ermöglicht. Daneben soll der Rechtsschutz für ausländische Insolvenzverwalter im Umsetzungsstaat insgesamt gestärkt werden. Insbesondere wird durch das Modellgesetz auch eine Vereinheitlichung der ausländischen Insolvenzverwaltern vor nationalen Gerichten zustehenden Prozessführungsbefugnis auf globaler Ebene angestrebt. Darüber hinaus steht es jedem Umsetzungsstaat frei, ausländischen Insolvenzverwaltern weitere Befugnisse zur Prozessführung zu gewähren.
- 293 Ein ausländischer Insolvenzverwalter verfügt nach dem UNCITRAL-Modellgesetz im Umsetzungsstaat über die nachfolgend aufgezeigten von der Prozessführungsbefugnis erfassten prozessualen Befugnisse. Diese umfassen Antragsbefugnisse, das Anfechtungsklagerecht sowie die Interventionsbefugnis. Das UNCITRAL-Modellgesetz unterscheidet hinsichtlich der

⁷⁶⁶ Vgl. zum Begriff der Sachlegitimation vorstehend FN 87.

⁷⁶⁷ Vgl. dazu nachstehend Rz. 296 ff.

⁷⁶⁸ Vgl. MARKUS, UNCITRAL-Modellgesetz, S. 19. Vgl. dazu auch schon vorstehend Rz. 287.

⁷⁶⁹ Um die Regelung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter unter dem UNCITRAL-Modellgesetz auf einer einheitlichen Grundlage resp. gestützt auf ein gemeinsames Begriffsverständnis untersuchen zu können, wird nachfolgend von einer Definition der Prozessführungsbefugnis ausgegangen, welche dem in der Schweiz gebräuchlichen Begriffsverständnis entspricht (vgl. dazu vorstehend Rz. 23 ff.).

Prozessführungsbefugnis grundsätzlich nicht zwischen ausländischen Haupt- und ausländischen Territorialinsolvenzverwaltern. Da das Modellgesetz als Mustergesetz ausgestaltet ist, variiert die tatsächliche Ausgestaltung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter im Umsetzungsstaat je nach Umsetzung des Modellgesetzes im nationalen Recht.

In der angesprochenen nachfolgenden Darstellung erfolgt eine abstrakte Erläuterung, ohne dass detailliert auf die Regelung resp. die Hintergründe einer Regelung, innerhalb derer die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters besteht, eingegangen wird. ²⁹⁴

1. Direkter Gerichtszugang

Nach Art. 9 UNCITRAL-Modellgesetz ist ein ausländischer Insolvenzverwalter berechtigt, ein Gericht im Umsetzungsstaat unmittelbar anzurufen. Die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ist von Art. 9 UNCITRAL-Modellgesetz nicht direkt erfasst. Die ausländischen Insolvenzverwaltern im Umsetzungsstaat zukommende Prozessführungsbefugnis wird durch weitere Bestimmungen des Modellgesetzes geregelt.⁷⁷⁰ Insbesondere soll durch Art. 9 UNCITRAL-Modellgesetz keine Ausdehnung der im Modellgesetz in weiteren Bestimmungen geregelten Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter erfolgen.⁷⁷¹ Indirekt wird durch Art. 9 UNCITRAL-Modellgesetz jedoch gewährleistet, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter im Umsetzungsstaat die ihm zustehende Prozessführungsbefugnis ausüben kann.⁷⁷² ²⁹⁵

2. Antragsbefugnisse

A. Eröffnung eines Insolvenzverfahrens im Umsetzungsstaat

Art. 11 UNCITRAL-Modellgesetz erteilt einem ausländischen Insolvenzverwalter die Befugnis, im Umsetzungsstaat die Eröffnung eines Insolvenz- ²⁹⁶

⁷⁷⁰ Vgl. Pannen-HOLLANDER/GRAHAM, UNCITRAL N 135.

⁷⁷¹ Vgl. MARKUS, UNCITRAL-Modellgesetz, S. 24.

⁷⁷² Vgl. WESSELS, Insolvency Law, Rz. 10256. Vgl. dazu auch Pannen-HOLLANDER/GRAHAM, UNCITRAL N 135.

verfahrens zu beantragen,⁷⁷³ sofern die für eine solche Eröffnung nach dem Recht des Umsetzungsstaates notwendigen Voraussetzungen gegeben sind. Dieses Antragsrecht steht einem ausländischen Insolvenzverwalter ohne vorgängige Anerkennung des ausländischen Insolvenzverfahrens zu.⁷⁷⁴

B. Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens

- ²⁹⁷ Ein ausländischer Insolvenzverwalter kann im Umsetzungsstaat die Anerkennung des ausländischen Insolvenzverfahrens, für das er bestellt wurde, beantragen (Art. 15 Abs. 1 UNCITRAL-Modellgesetz). Diese ist für den ausländischen Insolvenzverwalter notwendige Voraussetzung, um im Umsetzungsstaat Rechtsschutz zu erhalten.⁷⁷⁵

C. Erlass vorsorglicher Massnahmen

- ²⁹⁸ Für die Dauer von der Beantragung der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens bis zum Entscheid über den Anerkennungsantrag gewährt Art. 19 Abs. 1 UNCITRAL-Modellgesetz einem ausländischen Insolvenzverwalter die Befugnis, vor den Gerichten des Umsetzungsstaates die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zum Schutz der ausländischen Insolvenzmasse oder der Interessen der Gläubiger zu beantragen.⁷⁷⁶ Für die Zeit nach der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens legt Art. 21 Abs. 1 UNCITRAL-Modellgesetz die Befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters fest, im Umsetzungsstaat den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu beantragen.
- ²⁹⁹ Ein ausländischer Insolvenzverwalter kann zudem die Änderung oder Aufhebung einer nach Art. 19 oder Art. 21 UNCITRAL-Modellgesetz angeordneten vorsorglichen Massnahme beantragen (vgl. Art. 22 Abs. 3 UNCITRAL-Modellgesetz).

⁷⁷³ Vgl. CRONIN, S. 716, der ausdrücklich auf die Normierung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter in Art. 11 UNCITRAL-Modellgesetz hinweist.

⁷⁷⁴ UNCITRAL Guide, Rz. 114.

⁷⁷⁵ Sind die formellen, in Art. 17 Abs. 1 UNCITRAL Modellgesetz enumerativ aufgeführten Voraussetzungen erfüllt, ist das Gericht zur Anerkennung des ausländischen Insolvenzverfahrens verpflichtet. Es kann diese einzig verweigern, wenn die Anerkennung gegen den *ordre public* verstossen würde (Art. 6 UNCITRAL Modellgesetz) (BENNING/WEHLING, S. 621; vgl. auch UNCITRAL Guide, Rz. 151).

⁷⁷⁶ Pannen-HOLLANDER/GRAHAM, UNCITRAL N 202. Vgl. auch UNCITRAL Guide, Rz. 170 sowie Rz. 174.

D. Sicherung, Verwertung und Verteilung von Vermögenswerten

Nach der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens räumt Art. 12 UNCITRAL-Modellgesetz dem ausländischen Insolvenzverwalter das Recht ein, im Umsetzungsstaat an einem Insolvenzverfahren über den ausländischen Gemeinschuldner⁷⁷⁷ teilzunehmen. Als Folge dieses Teilnahmerechts kommt einem ausländischen Insolvenzverwalter im inländischen Insolvenzverfahren die Befugnis zu, Anträge, Gesuche oder Eingaben⁷⁷⁸ wie z.B. bezüglich Sicherung, Verwertung und/oder Verteilung von Vermögenswerten des Gemeinschuldners zu stellen.⁷⁷⁹ 300

E. Verteilung der im Umsetzungsstaat gelegenen Vermögenswerte des Gemeinschuldners

Nach der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens steht dem ausländischen Insolvenzverwalter ein Antragsrecht hinsichtlich der Verteilung der im Umsetzungsstaat gelegenen Vermögenswerte des Gemeinschuldners zu. Das Gericht *kann* auf den Antrag des ausländischen Insolvenzverwalters hin diesen oder eine andere durch das Gericht bestimmte Person mit der Verteilung der Gesamtheit oder eines Teiles der im Umsetzungsstaat gelegenen Vermögenswerte des Gemeinschuldners betrauen, sofern sich das Gericht vergewissert hat, dass die Interessen der lokalen Gläubiger angemessen geschützt sind (Art. 21 Abs. 2 UNCITRAL-Modellgesetz). 301

3. Anfechtungsklagebefugnis

Art. 23 Abs. 1 UNCITRAL-Modellgesetz legt fest, dass als Folge der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens nach Art. 17 UNCITRAL-Modellgesetz einem ausländischen Insolvenzverwalter nach dem Recht des 302

⁷⁷⁷ Pannen-HOLLANDER/GRAHAM, UNCITRAL N 151 sowie FN 380. Vgl. auch UNCITRAL Guide, Rz. 114 sowie den Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 UNCITRAL-Modellgesetz: «Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative is entitled to participate in a proceeding regarding the debtor [...]» [Kursivdruck hinzugefügt].

⁷⁷⁸ UNCITRAL Guide, Rz. 115 spricht von «petitions, requests or submissions».

⁷⁷⁹ UNCITRAL Guide, Rz. 115; Pannen-HOLLANDER/GRAHAM, UNCITRAL N 151.

Umsetzungsstaates die Befugnis zur Erhebung von Anfechtungsklagen gegen gläubigerschädigende Handlungen zusteht.

4. Interventionsbefugnis

- ³⁰³ Nach der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens kann der ausländische Insolvenzverwalter gemäss Art. 24 UNCITRAL-Modellgesetz unter der Voraussetzung, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Umsetzungsstaates erfüllt sind, im Umsetzungsstaat jedem Verfahren⁷⁸⁰ beitreten⁷⁸¹, in dem der ausländische Gemeinschuldner Partei ist, soweit diese Verfahren nicht ohnehin bereits eingestellt oder sistiert sind (vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. a sowie Art. 21 Abs. 1 lit. a UNCITRAL-Modellgesetz). Dem ausländischen Insolvenzverwalter wird diesbezüglich direkt durch Art. 24 UNCITRAL-Modellgesetz eine entsprechende Prozessführungsbefugnis zugesprochen.⁷⁸² Während Art. 12 UNCITRAL-Modellgesetz dem ausländischen Insolvenzverwalter die Teilnahme in einem nationalen Insolvenzverfahren gegen den ausländischen Gemeinschuldner ermöglicht und damit einhergehend ausländische Insolvenzverwalter im Umsetzungsstaat in einem solchen Insolvenzverfahren über diverse prozessuale Befugnisse verfügen,⁷⁸³ ist Art. 24 UNCITRAL-Modellgesetz auf eine Mitwirkung bei Zivilprozessen ausgerichtet, in denen der ausländische Gemeinschuldner Partei ist.⁷⁸⁴

⁷⁸⁰ Von Art. 24 UNCITRAL-Modellgesetz sind alle vor einem Gericht oder einer Behörde rechtshängige Verfahren erfasst, unabhängig davon, ob der Schuldner Kläger oder Beklagter ist (BENNING, S. 329).

⁷⁸¹ Unter dem vom Modellgesetz verwendeten Terminus «intervene» («intervenieren») resp. «intervention» («Intervention») wird auf die Anwendungsfälle verwiesen, in denen ein ausländischer Insolvenzverwalter in einem Gerichtsverfahren, das der Gemeinschuldner gegen eine Drittpartei eingeleitet hat oder das von einer Drittpartei gegen den Gemeinschuldner eingeleitet wurde, auftritt und Stellung nimmt (UNCITRAL Guide, Rz. 205).

⁷⁸² Vgl. UNCITRAL Guide, Rz. 204; Sheldon-FISCHER/AL-ATTAR, Chapter 3, Rz. 3.118.

⁷⁸³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 300.

⁷⁸⁴ UNCITRAL Guide, Rz. 208.

III. Fazit

Nach dem UNCITRAL-Modellgesetz steht ausländischen Insolvenzverwaltern im Vergleich zur schweizerischen Rechtslage⁷⁸⁵ eine extensive Prozessführungsbefugnis zu. Hervorzuheben ist jedoch, dass das Modellgesetz über keine Regelung verfügt, die ausländischen Insolvenzverwaltern eine generelle Klagebefugnis, z.B. zur Durchsetzung von der ausländischen Insolvenzmasse resp. dem Gemeinschuldner zustehenden Ansprüchen, erteilt. Ein ausländischer Insolvenzverwalter kann einzig einem rechtshängigen Zivilverfahren, in dem der Gemeinschuldner Partei ist, beitreten (Art. 24 UNCITRAL-Modellgesetz). Der Grund für das Fehlen einer Regelung hinsichtlich einer generellen Klagebefugnis liegt wohl darin, dass das Modellgesetz sich einer Harmonisierung des materiellen Insolvenzrechts enthält.⁷⁸⁶ So soll das UNCITRAL-Modellgesetz einzig Mechanismen anbieten, «um die schlimmsten Auswirkungen der im Grunde immer noch territorialen Vorgehensweise, zumindest in Bezug auf das ausländische Recht, auf die internationale Zuständigkeit für Insolvenzverfahren zu verbessern»⁷⁸⁷. Daher sind «Konzepte des Zugangs, der Anerkennung, der Zusammenarbeit und der Abstimmung»⁷⁸⁸ durch das Modellgesetz geregelt.⁷⁸⁹ Davon ist eine generelle Klagebefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nicht erfasst. Die Aufnahme einer solchen Regelung bleibt der Gesetzgebung des Umsetzungsstaates vorbehalten.

Die ausländischen Insolvenzverwaltern nach dem UNCITRAL-Modellgesetz zustehende Prozessführungsbefugnis kommt besonders den Interessen der ausländischen Insolvenzmasse und letztlich den Insolvenzgläubigern zu Gute. Denn durch die einem ausländischen Insolvenzverwalter zustehende Prozessführungsbefugnis wird insbesondere auch ermöglicht, ohne die Einhaltung umfangreicher zeit- und kostenintensiver Formalitäten die Interessen der ausländischen Insolvenzmasse im Umsetzungsstaat unter anderem auf prozessualen Weg zu schützen und zu verteidigen.

⁷⁸⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 90 ff.

⁷⁸⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 287.

⁷⁸⁷ Pannen-HOLLANDER/GRAHAM, UNCITRAL N 16.

⁷⁸⁸ Pannen-HOLLANDER/GRAHAM, UNCITRAL N 21.

⁷⁸⁹ Pannen-HOLLANDER/GRAHAM, UNCITRAL N 21.

8. Teil: Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten nach dem E-IPRG⁷⁹⁰

I. Einleitende Bemerkungen

Am 14. Oktober 2015 veröffentlichte das EJPD einen Vorentwurf zur Revision des 11. Kapitels des IPRG.⁷⁹¹ Nach Durchführung des Vernehmlassungsverfahrens⁷⁹² erfolgte am 24. Mai 2017 die Publikation des definitiven Entwurfs⁷⁹³ sowie der diesbezüglichen Botschaft des Bundesrats⁷⁹⁴. Der Entwurf bezweckt eine Modernisierung der geltenden gesetzlichen Regelung des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts.⁷⁹⁵ In diesem Rahmen soll in erster Linie die Anerkennung ausländischer Insolvenzdekrete in der Schweiz erleichtert werden, indem die in der geltenden Regelung vorhandenen Anerkennungshürden abgebaut werden sollen, die sich in der Praxis als unnötig oder zumindest als zu einschränkend erwiesen haben.⁷⁹⁶ Aber auch das bis anhin starre System der Rechtsfolgen einer erfolgreichen Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes soll eine gewisse Öffnung erfahren^{797, 798}.

⁷⁹⁰ Das vorliegende Kapitel basiert teilweise, indessen in wesentlichen Punkten überarbeitet und aktualisiert, auf einem Aufsatz der Autorin, der unter dem Titel «Bemerkungen zur Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten nach dem Vorentwurf für eine Revision des 11. Kapitels des IPRG» am 11. April 2016 im Jusletter veröffentlicht worden ist.

⁷⁹¹ Vgl. BBl 2015 7661.

⁷⁹² Vgl. dazu den Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens vom 26. April 2017.

⁷⁹³ Vgl. BBl 2017 4149.

⁷⁹⁴ Vgl. BBl 2017 4125.

⁷⁹⁵ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4126; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 2.

⁷⁹⁶ Vgl. Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4126; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 2.

⁷⁹⁷ Vgl. Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4126; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 2.

⁷⁹⁸ Vgl. für eine Darstellung der zentralen Punkte des E-IPRG: Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4130 f. Vgl. für eine Darstellung der zentralen Punkte des VE-IPRG: Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 5 ff.; GIRSBERGER/TRÜTEN, S. 95 f.; HUNKELER/WOHL, Revision, Rz. 1 ff.; MEIER/GIUDICI, S. 18 ff. Vgl. im Übrigen auch die Darstellung der Neuerungen im E-IPRG gegenüber dem VE-IPRG: Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4132 f.

- 307 Der Entwurf strebt allerdings keine vollständige Revision des internationalen Insolvenzrechts der Schweiz an, sondern baut auf der bestehenden Regelung auf und verändert diese lediglich punktuell. Er orientiert sich zudem teilweise an den internationalinsolvenzrechtlichen Regelungen in Art. 37g BankG⁷⁹⁹.⁸⁰⁰ Diese spezialgesetzliche Norm hat bereits heute einen weiteren Anwendungsbereich im schweizerischen Finanzmarktrecht; namentlich findet sie auch im Rahmen des VAG, des BEHG, des KAG sowie des FinfraG Anwendung, die allesamt auf Art. 37g BankG verweisen.⁸⁰¹

II. Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter

- 308 Im Hinblick auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten ist besonders zu beachten, dass im Zuge der geplanten Modifikationen des Rechtshilfeverfahrens nach dem 11. Kapitel des IPRG der Verfahrensablauf eine Anpassung erfahren soll. Diese wird unter anderem zu einer Erweiterung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten führen.
- 309 Nach der geltenden Regelung ist das in Art. 166 ff. IPRG geregelte Verfahren in zwei Phasen unterteilt: Zunächst findet das *Anerkennungsverfahren* statt,⁸⁰² welches die gerichtliche Prüfung der für die Anerkennung eines aus-

⁷⁹⁹ Nach Art. 37g BankG *kann* die FINMA ausländische Insolvenzdekrete und Insolvenzmassnahmen, die im Ausland gegenüber Banken ausgesprochen wurden, ohne Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens in der Schweiz anerkennen, sofern die dafür notwendigen Voraussetzungen nach Art. 37 Abs. 2 BankG (*gleichwertige Behandlung* der im Sinne von Art. 219 SchKG pfandgesicherten und privilegierten inländischen Forderungen sowie *angemessene Berücksichtigung* der übrigen inländischen Forderungen im ausländischen Insolvenzverfahren) erfüllt sind. Darüber hinaus *kann* die FINMA einem Anerkennungs-gesuch auch *ohne Vorliegen von Gegenrecht* entsprechen, sofern dies im Interesse der betroffenen Gläubiger liegt (Art. 10 Abs. 2 BIV-FINMA; vgl. auch Art. 12 Abs. 2 VKV-FINMA sowie Art. 12 Abs. 2 KAKV-FINMA). Die Regelung in Art. 37g BankG hat sich in der Praxis nach Ansicht von LORANDI, Neuerungen, S. 14, bewährt.

⁸⁰⁰ Vgl. Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4131; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 6. Vgl. auch STAEHELIN, Das internationale Betreibungsrecht, S. 126.

⁸⁰¹ Vgl. Art. 54d VAG, Art. 36a BEHG, Art. 138c KAG sowie Art. 88 Abs. 1 FinfraG.

⁸⁰² Vgl. dazu vorstehend Rz. 61 ff.

ländischen Insolvenzdekretes zwingend zu erfüllenden Voraussetzungen umfasst. Die erfolgreiche Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes führt anschliessend zur Durchführung des *Vollstreckungsverfahrens*,⁸⁰³ in dessen Rahmen ein Sekundärkonkursverfahren eröffnet und durchgeführt wird. Nach der vorgeschlagenen Neuregelung soll das Gesamtverfahren nach Art. 166 ff. E-IPRG künftig in drei Phasen geteilt sein: Nach dem *Anerkennungsverfahren*⁸⁰⁴ folgt neu ein *Zwischenverfahren*⁸⁰⁵. Im Zuge dieses neuen Verfahrensabschnitts wird der weitere Verfahrensablauf für das Vollstreckungsverfahren bestimmt. In einer dritten Phase folgt dann das *Vollstreckungsverfahren*⁸⁰⁶.

1. Anerkennungsverfahren

Das Anerkennungsverfahren soll hinsichtlich der Ausgestaltung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter keine Änderungen zur heutigen Rechtslage erfahren. Ausländischen Insolvenzverwaltern soll daher auch künftig die Befugnis zukommen, die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes bei dem nach Art. 167 E-IPRG zuständigen Gericht zu beantragen (Art. 166 Abs. 1 E-IPRG).⁸⁰⁷ Zudem sollen ausländische Insolvenzverwalter weiterhin über die Befugnis zur Beantragung sichernder Massnahmen nach den Art. 162–165 und Art. 170 SchKG verfügen.⁸⁰⁸

2. Zwischenverfahren

Das neue Zwischenverfahren würde hingegen zu einer Erweiterung der ausländischen Insolvenzverwaltern vor schweizerischen Gerichten zustehenden Prozessführungsbefugnis führen. Dies würde einem ausländischen Insolvenzverwalter ermöglichen, einen (bedingten) Einfluss auf den Ablauf des anschliessenden Vollstreckungsverfahrens zu nehmen.

⁸⁰³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 65 ff.

⁸⁰⁴ Vgl. dazu nachstehend Rz. 310.

⁸⁰⁵ Vgl. dazu nachstehend Rz. 311 ff.

⁸⁰⁶ Vgl. dazu nachstehend Rz. 318 ff.

⁸⁰⁷ Vgl. zur geltenden Regelung vorstehend Rz. 91.

⁸⁰⁸ Vgl. zur geltenden Regelung vorstehend Rz. 92.

A. Antrag auf Durchführung eines ordentlichen Sekundärkonkursverfahrens

- ³¹² Das geltende Recht sieht für das Sekundärkonkursverfahren ausdrücklich weder die Konstituierung einer Gläubigerversammlung noch eines Gläubigerausschusses vor (Art. 170 Abs. 3 IPRG). Dennoch unterstellt das Gesetz das Sekundärkonkursverfahren nicht den Regeln für das summarische Verfahren nach Art. 231 SchKG,⁸⁰⁹ sondern sieht ein «vereinfachtes Verfahren *«sui generis»*» vor, das als modifiziertes ordentliches Konkursverfahren ausgestaltet ist.⁸¹⁰ *In praxi* erfolgt die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens hingegen oftmals als summarisches Konkursverfahren nach Art. 231 SchKG⁸¹¹, teilweise auch mit der Anwendung eines an ein summarisches Konkursverfahren angelehnten «gestrafften ordentlichen» Verfahrens⁸¹².
- ³¹³ Zur Stärkung der Rechtssicherheit hinsichtlich des Verfahrensablaufs soll nach Art. 170 Abs. 3 E-IPRG das Sekundärkonkursverfahren künftig im Regelfall als summarisches Konkursverfahren nach Art. 231 SchKG durchgeführt werden.⁸¹³ Insbesondere in Bezug auf umfangreichere resp. komplexere Sekundärkonkursverfahren ist zu berücksichtigen, dass ein Bedürfnis nach Einsetzung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung bestehen kann,⁸¹⁴ die jedoch ausschliesslich im Rahmen eines ordentlichen Konkursverfahrens möglich ist (vgl. Art. 237 Abs. 2 SchKG)^{815, 816}
- ³¹⁴ Um die Einsetzung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung auch für die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens zu ermöglichen,⁸¹⁷ sieht der

⁸⁰⁹ BSK IPRG-BÜRGI, Art. 170 N 12; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 170 N 7. A.A. BSK SchKG II-LUSTENBERGER, Art. 231 N 8; im Ergebnis auch ZK IPRG-VOLKEN, Art. 170 N 30.

⁸¹⁰ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4139; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 11.

⁸¹¹ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4139. Vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 12.

⁸¹² Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4139; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 12.

⁸¹³ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4139; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 12.

⁸¹⁴ Vgl. Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4139; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 12.

⁸¹⁵ BGE 121 III 142, 143 f.; BSK SchKG II-LUSTENBERGER, Art. 231 N 41; Hunkeler-SCHOBER, Art. 231 N 10.

⁸¹⁶ Nach Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 170 N 7, ist die Einsetzung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung nach der geltenden Regelung nicht ausgeschlossen.

⁸¹⁷ Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 12.

Entwurf eine Regelung vor, wonach unter anderem⁸¹⁸ der ausländische Insolvenzverwalter befugt sein soll, vor der Verteilung des Erlöses beim Konkursamt die Durchführung eines ordentlichen Konkursverfahrens zu beantragen (Art. 170 Abs. 3 E-IPRG).

B. Antrag auf Nichtdurchführung eines Sekundärkonkursverfahrens

Nach der geltenden Regelung führt die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes automatisch zur zwingenden Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens (Art. 170 Abs. 1 IPRG).⁸¹⁹ Dieser Verfahrensablauf tritt unabhängig davon ein, ob bevorrechtigte Gläubiger nach Art. 172 Abs. 1 IPRG⁸²⁰ im Sekundärkonkursverfahren vorhanden sind,⁸²¹ deren bevorzugte Befriedigung mit diesem Verfahren primär bezweckt wird. 315

In der Praxis zeigte sich, dass dieser zwingende Verfahrensablauf häufig ineffizient, zu kostspielig und nicht zweckdienlich ist.⁸²² In einer Vielzahl von eröffneten Sekundärkonkursverfahren stellte sich letztlich heraus, dass keine bevorrechtigten Gläubiger nach Art. 172 Abs. 1 IPRG vorhanden sind und die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens daher lediglich nicht erforderliche Verfahrensschritte zur Folge hat, die unter anderem die mögliche Aushändigung von Aktiven verzögern⁸²³ und zu unnötigen Kosten führen.⁸²⁴ Ein solcher Verfahrensgang entspricht nicht den Grundsätzen einer prozessökonomischen Verfahrensausgestaltung und dient weder den Interessen schweizerischer noch den Interessen ausländischer Gläubiger. Insbesondere bei kleinen Forderungsbeträgen⁸²⁵ führen das in den Art. 166 ff. IPRG 316

⁸¹⁸ Auch die nach Art. 172 Abs. 1 IPRG bevorrechtigten Gläubiger sollen befugt sein, die Durchführung eines ordentlichen Konkursverfahrens zu verlangen (vgl. Art. 170 Abs. 3 E-IPRG; Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4139; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 12).

⁸¹⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 65.

⁸²⁰ Vgl. zu den bevorrechtigten Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 IPRG vorstehend Rz. 67.

⁸²¹ Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 12.

⁸²² GEHRI/KOSTKIEWICZ, S. 220. Vgl. in diesem Zusammenhang auch GIRSBERGER, S. 510.

⁸²³ Vgl. BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL, Art. 54d N 10.

⁸²⁴ Vgl. Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 12; BSK VAG-FISCHER/LUGINBÜHL, Art. 54d N 10.

⁸²⁵ Die Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4130, führt in diesem Zusammenhang aus, dass sich die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens erst ab einem Wert der in der

normierte Vollstreckungssystem sowie die sich daraus ergebenden Folgen und die damit einhergehenden Risiken in der Praxis häufig dazu, dass von der Beantragung der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes in der Schweiz abgesehen wird.⁸²⁶

- ³¹⁷ Vor diesem Hintergrund soll ein ausländischer Insolvenzverwalter daher künftig in Anlehnung an die Regelung in Art. 37g Abs. 2 BankG⁸²⁷ über die Befugnis verfügen, den Verzicht auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens⁸²⁸ gerichtlich zu beantragen (Art. 174a Abs. 1 E-IPRG). Auf Antrag hin könnte dann «auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens verzichtet werden» (Art. 174a Abs. 1 E-IPRG) und der ausländische Insolvenzverwalter dürfte «unter Beachtung des schweizerischen Rechts sämtliche Befugnisse ausüben», die ihm nach dem Rechts des Staates der Insolvenzeröffnung zustehen (Art. 174a Abs. 4 E-IPRG).⁸²⁹ Der Entscheid über den Verzichtsantrag stünde im Ermessen des Gerichtes,⁸³⁰ wobei dem Verzichtsantrag nur unter der Voraussetzung stattgegeben werden könnte, dass keine nach Art. 172 Abs. 1 E-IPRG bevorrechtigten Forderungen im Rah-

Schweiz gelegenen Aktiven von mindestens CHF 10'000.- lohnen würde (vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 5).

⁸²⁶ Vgl. GEHRI/KOSTKIEWICZ, S. 220. Das auch nach dem E-IPRG weiterhin vorgesehene Erfordernis der gerichtlichen Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes zöge ebenfalls erheblichen Aufwand und Kosten nach sich. Dies würde auch künftig in vielen Fällen zum Verzicht auf die Beantragung der Anerkennung führen (vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 2).

⁸²⁷ Vgl. dazu vorstehend FN 799.

⁸²⁸ Es ist darauf hinzuweisen, dass diesfalls auf die *Durchführung*, nicht aber auf die *Eröffnung des Sekundärkonkursverzichtet werden könnte*; Letztere erfolgt in jedem Fall (vgl. dazu Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13).

⁸²⁹ Nach GASSMANN/BOMMER, Rz. 14.87 sowie Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 166 N 18, findet die zum schweizerischen internationalen Nachlassverfahrensrecht (Art. 175 IPRG) ergangene Rechtsprechung (BGE 140 III 379, 382 [Pra 104 [2015] Nr. 49, S. 383 f.]; BGE 137 III 138, 141 [Pra 100 [2011] Nr. 138, S. 613 f.]; BGer v. 30.09.2008, 5A_267/2007, Erw. 5.3) auch auf die Art. 166–174 IPRG Anwendung. Seien keine bevorrechtigten Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 IPRG im Sekundärkonkursverfahren vorhanden, sei daher schon nach der geltenden Regelung «keine schweizerische Separatkonkursmasse» zu bilden. Ausländischen Insolvenzverwaltern könne in diesen Fällen im Zuge der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes die Prozessführungsbefugnis erteilt oder auch ein schweizerischer «Mit-Konkursverwalter» ernannt werden.

⁸³⁰ Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13. Vgl. auch den Wortlaut von Art. 174a Abs. 1 E-IPRG: «Auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung *kann* auf die Durchführung eines Hilfsverfahrens verzichtet werden [...]» [Kursivdruck hinzugefügt].

men des durchzuführenden Schuldenrufes (vgl. Art. 232 SchKG) angemeldet worden wären. Darüber hinaus müsste das zuständige Gericht auch bereits in diesem Zusammenhang prüfen, ob nicht-bevorrechtigte Forderungen (d.h. Forderungen im Sinne von Art. 219 Abs. 4 *Dritte Klasse* SchKG) von Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz im Rahmen des ausländischen Insolvenzverfahrens *angemessen* berücksichtigt würden (vgl. Art. 174a Abs. 2 E-IPRG).⁸³¹ Auch wenn der Entscheid über den Verzicht letztlich beim Gericht läge, erhielte der ausländische Insolvenzverwalter durch ein solches Antragsrecht eine Möglichkeit zur Beeinflussung des Verfahrensablaufs, die in der Praxis insbesondere in jenen Fällen nicht zu unterschätzen sein dürfte, in denen nur sehr schwache Verbindungen des ausländischen Gemeinschuldners zur Schweiz bestehen.

3. Vollstreckungsverfahren

Der dritte Verfahrensabschnitt, das Vollstreckungsverfahren, soll künftig in zwei alternative Verfahrensabläufe gegliedert sein. Ein erfolgreicher Verzichtsantrag nach Art. 174a E-IPRG⁸³² hätte zur Folge, dass von der Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens abgesehen würde, was einer bedeutenden Erweiterung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten gleichkäme. Würde das Sekundärkonkursverfahren hingegen durchgeführt, sei es, dass kein Antrag auf Nichtdurchführung gestellt wurde, oder ein solcher nicht erfolgreich war, entspräche der Verfahrensablauf und insbesondere die Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters der Regelung im geltenden Recht.⁸³³

A. Verzicht auf die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens

Gewährte das zuständige Gericht den Verzichtsantrag und würde infolgedessen auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens verzichtet, so soll ein ausländischer Insolvenzverwalter «unter Beachtung des schweizerischen Rechts sämtliche Befugnisse ausüben [dürfen], die [ihm] nach dem

⁸³¹ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4141; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13.

⁸³² Vgl. dazu vorstehend Rz. 317.

⁸³³ Vgl. Art. 170 Abs. 1 IPRG (für den keine Anpassung vorgesehen ist), Art. 172 E-IPRG sowie Art. 173 und Art. 174 IPRG (die beide unverändert bleiben sollen).

Recht des Staates der Konkurseröffnung zustehen»; er soll «insbesondere Vermögenswerte ins Ausland verbringen und Prozesse führen» dürfen (Art. 174a Abs. 4 E-IPRG). Mit der im Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Neufassung wäre daher eine bedeutende Ausdehnung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten im Vergleich zu der in Kraft stehenden Regelung⁸³⁴ verbunden. Nach Art. 174a Abs. 4 E-IPRG soll ein ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten Prozesse als Partei führen dürfen, soweit sich diese auf die der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung gestellten, in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte oder Forderungen des ausländischen Gemeinschuldners beziehen.⁸³⁵ Insbesondere soll einem ausländischen Insolvenzverwalter die Befugnis zustehen, sämtliche Ansprüche des ausländischen Gemeinschuldners, die in der Schweiz gelegen sind, gerichtlich geltend zu machen.⁸³⁶ Damit würde einem ausländischen Insolvenzverwalter künftig insbesondere auch die (direkte) Befugnis zur Erhebung von insolvenznahen Klagen zustehen. Ein ausländischer Insolvenzverwalter soll aber *auch* die Anerkennung von ausländischen Entscheiden über «Anfechtungsansprüche und andere gläubigerschädigende Handlungen»⁸³⁷, die in einem engen Zusammenhang mit einem in der Schweiz anerkannten ausländischen Insolvenzdekret stehen, nach den Art. 25–27 IPRG beantragen können, wenn sie im Ursprungsstaat des Insolvenzdekretes ergangen sind oder in diesem Staat anerkannt werden und der Beklagte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hat (Art. 174c E-IPRG).⁸³⁸ Die zuletzt genannte Erweiterung hätte zur Folge, dass einem ausländischen Insolvenzverwalter diesfalls auch die Prozessführungsbefugnis in Verfahren betreffend die Vollstreckung eines ausländischen insolvenznahen Entscheides zukommen müsste (z.B. im

⁸³⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 91 ff.

⁸³⁵ Vgl. Botschaft 11. Kapitel des IPRG, S. 4141 f. Vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 14.

⁸³⁶ Vgl. Botschaft 11. Kapitel des IPRG, S. 4142. Vgl. in Bezug auf die Regelung in Art. 37g BankG: BSK BankG-STAEHELIN, Art. 37g N 8k. Im Übrigen soll das Gericht nach Art. 174a Abs. 3 E-IPRG den Verzicht auf die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens mit Bedingungen und Auflagen versehen können. Dies könnte wiederum zu einer Einschränkung der erweiterten (Prozessführungs-)Befugnis führen.

⁸³⁷ So der Wortlaut von Art. 174c E-IPRG.

⁸³⁸ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4144. Vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 16. Nach geltendem Recht ist die Anerkennung resp. die Vollstreckbarerklärung von ausländischen insolvenznahen Entscheiden in der Schweiz ausgeschlossen (vgl. dazu vorstehend Rz. 140).

Rechtsöffnungsverfahren nach Art. 80 SchKG oder in einem Realvollstreckungsverfahren nach Art. 338 ff. ZPO).

Die vorgeschlagene Neuregelung könnte (auch) im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG zu einer *umfassenden Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten* führen. 320

B. Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens

Im Fall der Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens soll es nach dem Gesetzesentwurf mit Ausnahme der Normierung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter zur Erhebung einer Kollokationsklage im Sekundärkonkursverfahren⁸³⁹ zu keiner Änderung im Verfahren(-sablauf) und zu keinen Veränderungen hinsichtlich der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters im Vollstreckungsverfahren kommen. Ein ausländischer Insolvenzverwalter soll daher über die bereits nach der geltenden Regelung bestehende und von der Rechtsprechung zugesprochene Prozessführungsbefugnis verfügen und zusätzlich die Befugnis zur Erhebung einer Kollokationsklage erhalten. Sofern die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind, soll er daher insbesondere befugt sein, im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens eine paulianische Anfechtungsklage zu erheben.⁸⁴⁰ Des Weiteren soll er bestrittene Forderungen klageweise geltend machen können, falls kollozierte Gläubiger fehlen.⁸⁴¹ Schlussendlich sollen einem ausländischen Insolvenzverwalter auch weitere, von der Rechtsprechung noch nicht thematisierte, ihm im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG zwingend zustehende Befugnisse zur Prozessführung zukommen.⁸⁴² 321

Im Unterschied zur vorgesehen Erweiterung der Prozessführungsbefugnis zur Erhebung einer Kollokationsklage im Sekundärkonkursverfahren können nach geltendem Recht einzig die nach Art. 172 Abs. 1 IPRG bevorrechtigten Gläubiger eine solche erheben (Art. 172 Abs. 2 IPRG).⁸⁴³ Insbesondere wird *de lege lata* ausländischen Insolvenzverwaltern eine entsprechende Prozess- 322

⁸³⁹ Vgl. dazu nachstehend Rz. 322.

⁸⁴⁰ Vgl. zur Erhebung von paulianischen Anfechtungsklagen vorstehend Rz. 93 ff.

⁸⁴¹ Vgl. zur klageweisen Geltendmachung bestrittener Forderungen bei Fehlen kollozierter Gläubiger vorstehend Rz. 95 ff.

⁸⁴² Vgl. dazu vorstehend Rz. 101 ff.

⁸⁴³ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4140.

führungsbefugnis nicht zugestanden.⁸⁴⁴ Die bestehende Rechtslage führt zu einer Regelungslücke, denn durch die fehlende Befugnis zur Erhebung einer Kollokationsklage können die Interessen des ausländischen Insolvenzverwalters resp. der ausländischen Insolvenzmasse und damit die Interessen der Gläubigergesamtheit durch die Kollozierung einer angeblich bevorrechtigten Forderung beeinträchtigt werden.⁸⁴⁵ Vor diesem Hintergrund soll nach dem Gesetzesentwurf einem ausländischen Insolvenzverwalter im Sekundärkonkursverfahren künftig die Prozessführungsbefugnis zur Erhebung einer Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG zukommen (Art. 172 Abs. 3 E-IPRG i.V.m. Art. 250 SchKG).

III. Ausgewählte Probleme der Prozessführungsbefugnis im E-IPRG

1. Schutzmodalitäten des Art. 174a Abs. 1 E-IPRG

- ³²³ Der Gesetzesentwurf sieht vor, am gegenwärtigen Schutz schweizerischer Forderungen festzuhalten. Mit der vorgeschlagenen Neufassung soll diesbezüglich auch keine Liberalisierung erfolgen. Dementsprechend soll die Möglichkeit des Verzichtes auf die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens auch davon abhängen, dass keine bevorrechtigten Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 E-IPRG bestehen (Art. 174a Abs. 1 E-IPRG). Ebenso soll die angemessene Berücksichtigung von nicht-privilegierten Forderungen von Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz im Rahmen des ausländischen Insolvenzverfahrens eine notwendige Bedingung für den Verzicht auf die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens nach Art. 174a Abs. 2 E-IPRG sein. Eine solche gesetzliche Ausgestaltung hätte unter anderem Auswirkungen auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter.

⁸⁴⁴ CR LDIP-BRACONI, Art. 172 N 18; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 172 N 9.

⁸⁴⁵ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4140.

Die vorgesehene Erweiterung des Zugangs ausländischer Insolvenzverwalter zu schweizerischen Gerichten soll nur dann anwendbar sein, wenn kein Schutzbedarf inländischer Forderungen zu berücksichtigen ist.⁸⁴⁶ 324

A. Schutz bevorrechtigter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 E-IPRG

Auch künftig sollen Forderungen, die einer gewissen Gattung angehören resp. spezifische Voraussetzungen erfüllen, eine bevorrechtigte Befriedigung erfahren (Art. 172 Abs. 1 E-IPRG).⁸⁴⁷ Die Möglichkeit, nach Art. 174a Abs. 1 E-IPRG von der Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens abzusehen, soll aus diesem Grund primär vom Vorhandensein bevorrechtigter Forderungen im Sinne von Art. 172 Abs. 1 E-IPRG, d.h. pfandgesicherter Forderungen⁸⁴⁸ (Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG i.V.m. Art. 219 Abs. 1 SchKG), nicht-pfandgesicherter, aber privilegierter Forderungen von Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz (Art. 172 Abs. 1 lit. b E-IPRG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* und *Zweite Klasse* SchKG) sowie Forderungen aus Verbindlichkeiten, die auf Rechnung einer in der Schweiz im Handelsregister eingetragenen Niederlassung des ausländischen Gemeinschuldners eingegangen worden sind (Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG i.V.m. Art. 50 Abs. 1 SchKG⁸⁴⁹), abhängig gemacht werden.⁸⁵⁰ 325

a) Pfandgesicherte Forderungen

Die Pfandsicherung von Forderungen bezweckt die bevorzugte Befriedigung des betreffenden Gläubigers im Insolvenzfall. Unabhängig davon, in wel- 326

⁸⁴⁶ Vgl. Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4140.

⁸⁴⁷ Die Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4131, hält diesbezüglich fest: «Die sozialpolitisch begründete Privilegierung gewisser schutzbedürftiger Gläubigerkategorien (z.B. Arbeitnehmende) wird nicht angetastet [...]» (vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 6; vgl. diesbezüglich auch Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 4).

⁸⁴⁸ Ausschliesslich Forderungen, die durch einen in der Schweiz gelegenen Pfandgegenstand gesichert sind, fallen in den Anwendungsbereich von Art. 172 Abs. 1 lit. a IPRG (vgl. dazu vorstehend FN 217).

⁸⁴⁹ Die Kollozierung von Forderungen aus Verbindlichkeiten, die auf Rechnung einer in der Schweiz im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung des Schuldners eingegangen worden sind (Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG), war in Art. 172 Abs. 1 VE-IPRG noch nicht vorgesehen.

⁸⁵⁰ Vgl. zur Kritik an der Privilegierung inländischer Gläubiger in Sekundärkonkursverfahren: SPAHLINGER, S. 295 f., S. 316 sowie S. 344.

chem Staat das Insolvenzverfahren eröffnet wird, soll damit das potentielle Ausfallrisiko im Fall einer Insolvenzeröffnung reduziert werden.⁸⁵¹ Die bevorrechtigte Befriedigung pfandgesicherter Forderungen hat auch eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung.⁸⁵² Diese Tatsache würde insbesondere auch bei grenzüberschreitenden Sachverhalten dafür sprechen, den durch die Bevorrechtigung gesicherten Schutz pfandgesicherter Gläubiger auch weiterhin sicherzustellen. Die Beibehaltung der bevorrechtigten Befriedigung pfandgesicherter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG, also solcher, die mit einem auf schweizerischem Territorium gelegenen Pfandgegenstand gesichert sind⁸⁵³, wäre folglich auch im Rahmen einer Neuregelung gerechtfertigt und zu begrüßen.⁸⁵⁴

b) *Privilegierte Forderungen von Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz*

- 327 Die Beibehaltung der Bevorrechtigung privilegierter Forderungen von Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz ist hingegen kritisch zu hinterfragen. Für *Arbeitnehmerforderungen* (Art. 219 Abs. 1 *Erste Klasse* lit. a, a^{bis}, a^{ter} SchKG) besteht nicht selten die Möglichkeit eines Niederlassungskonkursverfahrens nach Art. 166 Abs. 2 i.V.m. Art. 50 Abs. 1 SchKG.⁸⁵⁵ Nach Art. 166 Abs. 2 E-IPRG soll die Eröffnung eines solchen zwar nur noch bis zur Veröffentlichung der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes nach Art. 169 Abs. 1 IPRG möglich sein. Mit der im Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Regelung sollen jedoch künftig *Forderungen von Niederlassungsgläubigern* im Rahmen des Sekundärkonkursverfahrens im Kollokationsplan berücksichtigt und vor Aushändigung eines allfälligen Überschusses an die ausländische Insolvenzmasse befriedigt werden können (vgl. Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG).⁸⁵⁶ Daher ist der vorliegend diskutierte zusätzliche

⁸⁵¹ Vgl. Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky-DUURSM-KEPPLINGER, Art. 5 N 1; Pannen-INGELMANN, Art. 5 N 1 f.

⁸⁵² Vgl. zur wirtschaftlichen Bedeutung pfandgesicherter Forderungen in grenzüberschreitenden handelsrechtlichen Sachverhalten: BRUNNER, Gläubigerschutz, S. 5.

⁸⁵³ Vgl. dazu vorstehend FN 217.

⁸⁵⁴ Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 3, wonach aber fraglich sei, ob der notwendige Schutz pfandgesicherter Gläubiger zwingend die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens erfordert. Auf ein solches sollte auch verzichtet werden können, wenn der ausländische Insolvenzverwalter den Sicherungsgegenstand freigibt.

⁸⁵⁵ STAEHELIN, Konkurs im Ausland, S. 417; Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 4.

⁸⁵⁶ Vgl. dazu nachstehend Rz. 331 ff.

Schutz von Arbeitnehmerforderungen nicht unentbehrlich. Besteht diese Möglichkeit nicht, weil es an einer schweizerischen Niederlassung im konkreten Fall fehlt, dann dürften wohl auch nur in Ausnahmefällen Forderungen von Arbeitnehmern im vorgenannten Sinn existieren.⁸⁵⁷ Ebenso bestehen *sozialversicherungsrechtliche Forderungen* im Sinn von Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* lit. b sowie *Zweite Klasse* lit. b, c, d SchKG in einem Sekundärkonkursverfahren wohl nur in Einzelfällen.⁸⁵⁸ In einem Verfahren nach Art. 166 ff. IPRG selten vorkommen dürften *familienrechtliche Forderungen* nach Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* lit. c sowie *Zweite Klasse* lit. a SchKG.⁸⁵⁹ Und letztlich ist auch die *Privilegierung von Einlagen nach Art. 37a BankG* (Art. 219 Abs. 4 *Zweite Klasse* lit. f SchKG) ausserhalb des Bankeninsolvenzrechts nach Art. 37g BankG, d.h. im ausschliesslichen Anwendungsbe- reich von Art. 166 ff. IPRG, kaum von Relevanz.⁸⁶⁰ Dementsprechend sind in der Praxis im Rahmen von Sekundärkonkursverfahren wohl auch nur äusserst selten privilegierte Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. b IPRG vorhanden.⁸⁶¹

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass eine bevorzugte Behandlung privilegierter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. b E-IPRG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* und *Zweite Klasse* SchKG im Rahmen des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts nicht (zwingend) erforderlich ist.⁸⁶² Darüber hinaus sind in diesem Zusammenhang aber auch die internationalen Entwicklungen im Insolvenzrecht zu berücksichtigen.⁸⁶³ Vorwiegend im internationalen Bankeninsolvenzrecht zeigt sich eine Tendenz zur Gleichbehandlung in- und ausländischer Gläubiger.⁸⁶⁴ Jedoch ist die Beschränkung solcher internationaler Bestrebungen zur Universalität auf das

⁸⁵⁷ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 4.

⁸⁵⁸ Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 4. Vgl. zur Kritik an der Privilegierung von Sozialversicherungsträgern: OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 334 f.

⁸⁵⁹ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 4. Vgl. zur Kritik an der Privilegierung von Unterhaltsgläubigern: OBERHAMMER, Deutsche Insolvenzverwalter, S. 334 f.

⁸⁶⁰ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 4.

⁸⁶¹ Vgl. auch STAEHELIN, Konkurs im Ausland, S. 417; VOLKEN, S. 559; Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 4.

⁸⁶² Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 4.

⁸⁶³ BRUNNER, Gläubigerschutz, S. 4, führte diesbezüglich aus, dass die Gerechtigkeit «es an sich nahelegen [würde], im Zeitalter zunehmender Internationalisierung der Wirtschaft Unterscheidungen im Hinblick auf Eigenschaft und Herkunft der Gläubiger bei der Vollstreckung fallen zu lassen».

⁸⁶⁴ Vgl. HUNKELER/WOHL, Revision, Rz. 8.

Bankeninsolvenzrecht bzw. auf Insolvenzen im Finanzbereich kaum zu rechtfertigen.⁸⁶⁵ Schliesslich betrifft die zunehmende internationale Verflechtung nicht nur Finanzinstitute, sondern weite Teile der Wirtschaft. Für die Privilegierung einzelner, nicht-pfandgesicherter Forderungen besteht daher im nationalen internationalen Insolvenzrecht kein Platz mehr. Die fehlende Gleichbehandlung in- und ausländischer Gläubiger kann zudem – zumindest längerfristig – auch negative Auswirkungen auf die Kooperationsbereitschaft ausländischer Staaten gegenüber der Schweiz in Bezug auf Insolvenzverfahren nach sich ziehen.⁸⁶⁶

- 329 Wie gezeigt, ist die im Gesetzesentwurf weiterhin vorgesehene Bevorrechtigung nicht-pfandgesicherter, aber privilegierter Forderungen von schweizerischen Gläubigern in einem modernen Insolvenzrecht nicht mehr zu rechtfertigen. Aus diesem Grund sollte im Rahmen einer Neuregelung vorgesehen werden, dass die Forderungen gemäss Art. 172 Abs. 1 lit. b E-IPRG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 *Erste Klasse* und *Zweite Klasse* SchKG nicht mehr in den Kollokationsplan aufzunehmen sind. Dies hätte zur Folge, dass diese Forderungen im Verfahren bezüglich der Nichtdurchführung des Sekundärkonkursverfahrens nach Art. 174a Abs. 1 E-IPRG nicht mehr zu berücksichtigen wären. Letztendlich würde eine entsprechende gesetzliche Ausgestaltung auch zu einer weniger weitgehenden Beschränkung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter führen, da die für eine Abweisung des Verzichtsantrages nach Art. 174a Abs. 1 E-IPRG vorgesehenen Ablehnungsgründe restriktiver ausgestaltet bzw. auf das Vorliegen pfandgesicherter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG i.V.m. Art. 219 Abs. 1 SchKG beschränkt wären.

c) Forderungen von Niederlassungsgläubigern

- 330 Nach dem Gesetzesentwurf soll künftig – wie bereits im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Frage der Notwendigkeit der Beibehaltung der Bevorrechtigung privilegierter Forderungen erwähnt⁸⁶⁷ – ein Konkursverfahren

⁸⁶⁵ Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 172 N 5, weist bezüglich Art. 172 Abs. 1 lit. b IPRG darauf hin, dass sich die einseitige Bevorzugung schweizerischer Gläubiger sachlich kaum rechtfertigen lasse und einen massiven Einbruch in das Prinzip der Gleichbehandlung von Gläubigern darstelle.

⁸⁶⁶ Vgl. ISRAËL, S. 74.

⁸⁶⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 327.

nach Art. 50 Abs. 1 SchKG über eine schweizerische Niederlassung⁸⁶⁸ eines ausländischen Gemeinschuldners nur noch bis zur Veröffentlichung der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes nach Art. 169 Abs. 1 IPRG zulässig sein (Art. 166 Abs. 2 E-IPRG). In Ergänzung zu dieser Regelung soll ein im Zeitpunkt des Antrags auf Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes bereits eröffnetes Niederlassungskonkursverfahren über den ausländischen Gemeinschuldner nach der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes eingestellt werden, sofern im Niederlassungskonkursverfahren die 20-tägige Frist zur Erhebung der Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG noch nicht abgelaufen ist (Art. 166 Abs. 3 E-IPRG).⁸⁶⁹ Im Falle einer Einstellung des Niederlassungskonkursverfahrens sollen die bereits in diesem Konkursverfahren angemeldete Forderungen nach Massgabe von Art. 172 Abs. 1 IPRG in den Kollokationsplan des Sekundärkonkursverfahrens aufgenommen werden (Art. 166 Abs. 3 E-IPRG).

Mit diesem in Art. 166 Abs. 2 und 3 E-IPRG enthaltenen Regelungsvorschlag einhergehend hat auch die Bevorrechtigung von Gläubigern, die über Forderungen aus Verbindlichkeiten verfügen, die auf Rechnung einer in der Schweiz im Handelsregister eingetragenen Niederlassung des ausländischen Gemeinschuldners eingegangen worden sind, Aufnahme in den Gesetzesentwurf gefunden (Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG). Soweit diese Forderungen die Voraussetzungen nach Art. 50 Abs. 1 SchKG erfüllen, sollen sie unabhängig vom Forderungsrang nach Art. 219 SchKG oder dem in- oder ausländischen (Wohn-)Sitz des Gläubigers im Kollokationsplan des Sekundärkonkursverfahrens berücksichtigt werden.⁸⁷⁰ Künftig sollen daher zusätzlich zu pfandgesicherten Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG sowie privilegierten Forderungen von Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz nach Art. 172 Abs. 1 lit. b E-IPRG auch Forderungen von Niederlassungsgläubigern (Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG) im Sekundärkonkursverfahren berücksichtigt werden, d.h. vor Aushändigung eines allfälligen Überschusses an die ausländische Insolvenzmasse vorab befriedigt werden.⁸⁷¹

⁸⁶⁸ Vom Begriff der Zweigniederlassung sollen die nach Art. 935 Abs. 2 OR zur Eintragung im Handelsregister verpflichteten Zweigniederlassungen erfasst sein, soweit sie tatsächlich im Handelsregister eingetragen sind und damit am Ort ihrer Eintragung der Konkursbetreibung nach Art. 50 Abs. 1 SchKG unterliegen (Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4137).

⁸⁶⁹ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4137 f.

⁸⁷⁰ Vgl. Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4139 f.

⁸⁷¹ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4137.

- 332 Die mit Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG vorgeschlagene Bevorrechtigung von Niederlassungsgläubigern würde zu einer Verbesserung der prozessualen Stellung dieser Gläubiger führen. Dies würde sich vor dem Hintergrund rechtfertigen, dass Gläubiger solcher Forderungen Verträge mit einer schweizerischen Niederlassung abgeschlossen und somit auf den bevorrechtigten Zugriff auf allfälliges in der Schweiz gelegenes Vollstreckungssubstrat vertraut haben.⁸⁷² Dies gilt insbesondere auch für im Ausland wohnhafte Arbeitnehmer einer schweizerischen Niederlassung des ausländischen Gemeinschuldners (z.B. Grenzgänger oder entsendete Arbeitnehmer), deren Schutz sich aus sozialpolitischen Überlegungen rechtfertigen lässt.⁸⁷³

B. Angemessene Berücksichtigung schweizerischer Drittklassforderungen

- 333 Im Zuge des Verzichtsantragsverfahrens soll künftig nach Art. 174a Abs. 2 E-IPRG das Gericht auch die angemessene Berücksichtigung von nicht-bevorrechtigten Forderungen von Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz (d.h. Forderungen im Sinn von Art. 219 Abs. 4 *Dritte Klasse* SchKG mit Ausnahme der im Rahmen eines Verzichtsantrags bereits nach Art. 174a Abs. 1 i.V.m. Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG berücksichtigten Forderungen von Niederlassungsgläubigern⁸⁷⁴) im ausländischen Insolvenzverfahren prüfen.⁸⁷⁵ Diese Prüfung soll nach dem Massstab von Art. 173 Abs. 3 IPRG erfolgen.⁸⁷⁶ Die Botschaft zur Änderung des 11. Kapitels des IPRG⁸⁷⁷ weist jedoch darauf hin, dass in Bezug auf die Angemessenheitsprüfung im Verfahren nach Art. 174a E-IPRG dem Gericht mehr Handlungsspielraum als nach Art. 173 IPRG zukommen würde, da die Anerkennung des ausländischen Kollokationsplanes – im Gegensatz zu Art. 173 Abs. 3 IPRG – nicht vorausgesetzt sei. Das Gericht würde zwar auch im Verzichtsantragsverfahren nach der im Gesetzesentwurf vorgesehenen Regelung die Herausgabe von Vermögenswerten von der Anerkennung des ausländischen Kollokationspla-

⁸⁷² KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 374. Vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 10; HANISCH, Wirkungen, S. 743; REISER S. 325 f.; STAEHELIN, Anerkennung, S. 101.

⁸⁷³ Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 8.

⁸⁷⁴ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4141.

⁸⁷⁵ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 5.

⁸⁷⁶ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4141; vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13.

⁸⁷⁷ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4141.

nes abhängig machen können.⁸⁷⁸ Jedoch würde das Gericht in Fällen, in denen die Interessen der Gläubigergesamtheit und die Verfahrenseffizienz es rechtfertigen, auch andere Nachweise der Gläubigergleichbehandlung als ausreichend betrachten können, wie etwa Gutachten, Zusicherungen oder die Kenntnis über die Gleichbehandlung in- und ausländischer Forderungen im ausländischen Insolvenzverfahrensrecht.⁸⁷⁹ Dies würde unter anderem dann eine Option darstellen, wenn Vermögenswerte in der Schweiz zwecks besserer Verwertung im Rahmen eines Nachlassverfahrens oder eines Unternehmenskaufs schnellstmöglich der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung gestellt werden sollen.⁸⁸⁰

Die FINMA hat in einer im FINMA-Bulletin veröffentlichten Verfügung in Bezug auf das in Art. 37g Abs. 2 lit. b BankG verankerte Angemessenheits-erfordernis, das jenem in Art. 173 Abs. 3 IPRG⁸⁸¹ entspricht⁸⁸², ausgeführt, dass insbesondere zu prüfen sei, «dass Gläubiger mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz im ausländischen Insolvenzverfahren nicht schlechter gestellt werden, als die übrigen Gläubiger, insbesondere aufgrund ihres schweizerischen Wohnsitzes»⁸⁸³. Eine angemessene Berücksichtigung könne «zu verneinen sein, wenn das ausländische Insolvenzverfahren exorbitante Privilegien»⁸⁸⁴ vorsehe, «welche im Ergebnis gegen den schweizerischen Ordre Public verstossen und durch ihre Grösse die mutmassliche Dividende der schweizerischen Drittgläubiger [sic!] in einem nicht zumutbaren Ausmass beeinträchtigen»⁸⁸⁵ würden.⁸⁸⁶ Wohl darf allerdings nur eine «relevante Diskriminie-

⁸⁷⁸ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4141.

⁸⁷⁹ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4141.

⁸⁸⁰ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4141.

⁸⁸¹ Vgl. zum Inhalt des Angemessenheitserfordernisses nach Art. 173 Abs. 3 IPRG: CR LDIP-BRACONI, Art. 183 N 5 ff.; BSK IPRG-BÜRGI, Art. 173 N 7; CR LP-KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Art. 173 LDIP N 9 ff.; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 173–174 N 9 f.; ZK IPRG-VOLKEN, Art. 173–174 N 9 f.; BRACONI, S. 108 ff.; SCHWANDER, Anerkennung, S. 345.

⁸⁸² Verfügung der FINMA vom 28. August 2012, Rz. 84.

⁸⁸³ Verfügung der FINMA vom 28. August 2012, Rz. 84.

⁸⁸⁴ Verfügung der FINMA vom 28. August 2012, Rz. 84.

⁸⁸⁵ Verfügung der FINMA vom 28. August 2012, Rz. 84.

⁸⁸⁶ Verfügung der FINMA vom 28. August 2012, Rz. 84.

«rung»⁸⁸⁷ von schweizerischen Drittklassgläubigern im ausländischen Insolvenzverfahren zu einer Abweisung des Verzichtsantrages führen.⁸⁸⁸

- 335 Die Prüfung des Angemessenheitserfordernisses⁸⁸⁹ birgt die Möglichkeit einer erheblichen Verfahrensverlängerung sowie eines beträchtlichen Kostenanfalls, sofern zur Prüfung der Behandlung und Berücksichtigung inländischer Drittklassforderungen im ausländischen Insolvenzverfahren beispielsweise umfangreiche rechtliche Abklärungen getätigt und/oder Rechtsgutachten zum ausländischen Recht eingeholt werden müssen.⁸⁹⁰ Eine allfällige Anhörung der inländischen Drittklassgläubiger⁸⁹¹ kann zudem zu einer weiteren Verzögerung des Verfahrens⁸⁹² und zusätzlichem Verfahrensaufwand⁸⁹³ beitragen.⁸⁹⁴ Ein solcher Verfahrensablauf kann letztlich auch negative Folgen zeitlicher und finanzieller Natur für die ausländische Insolvenzmasse haben, was den Interessen der schweizerischen und ausländischen Insolvenzgläubiger zuwiderlaufen würde.⁸⁹⁵ Im Verfahren nach Art. 174a Abs. 2 E-IPRG könnten die zusätzlichen Verfahrensschritte zudem schwerwiegendere Auswirkungen haben, als im Zuge der Prüfung der Anerkennung eines ausländischen Kollokationsplanes nach Art. 173 Abs. 3 IPRG.⁸⁹⁶ Dies ist darauf zurückzuführen, dass im Zeitpunkt des Verzichtsantragsverfahrens der ausländische Kollokationsplan meist noch nicht vorliegen wird und daher Prognosen über dessen voraussichtlichen Inhalt erstellt werden müssten.⁸⁹⁷
- 336 Der unbestimmte Rechtsbegriff der «Angemessenheit» würde aber auch die Möglichkeit einer restriktiven Auslegung von Art. 174a Abs. 2 E-IPRG

⁸⁸⁷ Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 173–174 N 9.

⁸⁸⁸ Vgl. in Bezug auf die Anwendung von Art. 173 Abs. 3 IPRG: Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 173–174 N 9.

⁸⁸⁹ BUCHER, S. 7 hält zum Angemessenheitserfordernis in Art. 174a Abs. 2 IPRG fest: «Cette exigence entraînera sans doute des lourdeurs dans la pratique judiciaire.»

⁸⁹⁰ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 5.

⁸⁹¹ Eine solche Anhörungspflicht war in Art. 174a Abs. 1 VE-IPRG noch ausdrücklich normiert: «[...] Diese Gläubiger werden angehört.»

⁸⁹² Vgl. in diesem Zusammenhang die ähnliche Argumentation hinsichtlich Art. 173 Abs. 3 IPRG: HANISCH, Wirkungen, S. 740.

⁸⁹³ Vgl. in diesem Zusammenhang hinsichtlich der Regelung in Art. 173 Abs. 3 IPRG: WALDER, Die international konkursrechtlichen Bestimmungen, S. 334.

⁸⁹⁴ Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 5.

⁸⁹⁵ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 5.

⁸⁹⁶ Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 5.

⁸⁹⁷ Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 5.

durch die Gerichte bergen und könnte damit zu einer äusserst beschränkten Gewährung des Verzichtes auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens führen. So ist derzeit ungewiss, was im Einzelnen im Verzichtsantragsverfahren hinsichtlich des Erfordernisses der angemessenen Berücksichtigung geprüft werden sollte.⁸⁹⁸ Die Vereinbarkeit der Eröffnung des ausländischen Insolvenzverfahrens mit dem schweizerischen *ordre public* würde weiterhin bereits im Insolvenzdekretsanerkennungsverfahren (Art. 166 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 27 IPRG) geprüft.⁸⁹⁹ Die unsachliche Diskriminierung ausländischer Gläubiger im Rahmen des ausländischen Insolvenzverfahrens stellt diesbezüglich einen der wesentlichen Fälle für eine Verweigerung der Anerkennung wegen einer *ordre public*-Verletzung dar.⁹⁰⁰ Mit der Einführung einer solchen Regelung bestünde somit die Gefahr, dass zusätzliche Anforderungen an die angemessene Berücksichtigung der inländischen Drittklassforderungen im ausländischen Insolvenzverfahren gestellt werden.⁹⁰¹ Die Anforderungen für die Gewährung eines Verzichtes könnten durch die Gerichte demnach so hoch angesetzt werden, dass einem Antrag auf Nichtdurchführung des Sekundärkonkursverfahrens mangels der angemessenen Berücksichtigung der Forderungen im ausländischen Insolvenzverfahren nicht oder nur äusserst selten stattgegeben werden könnte. Eine solche Praxis würde wiederum zu einer beträchtlichen Einschränkung der – eigentlich erweiterten – Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter führen.⁹⁰² Die bis anhin eher restriktive Rechtsprechung zum internationalen Insolvenzrecht der Schweiz könnte dadurch auch nach einer Revision fortgesetzt werden. Im Übrigen könnten sich auch prozessuale Doppelspurigkeiten hinsichtlich Art. 173 Abs. 3 IPRG ergeben, der unverändert bestehen bleiben soll.⁹⁰³ Vor diesem Hintergrund sollte eine künftige gesetzliche Regelung zum Verzichtsantragsverfahren nach Art. 174a Abs. 2

⁸⁹⁸ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 5.

⁸⁹⁹ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 5.

⁹⁰⁰ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 5. Vgl. auch BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 166 N 29; STAEHELIN, Anerkennung, S. 59.

⁹⁰¹ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 5.

⁹⁰² Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 5 f.

⁹⁰³ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 6.

E-IPRG keine Prüfung der angemessenen Berücksichtigung der inländischen Drittklassgläubiger im ausländischen Insolvenzverfahren enthalten.⁹⁰⁴

- 337 Würde im Zuge des Schuldenrufes, welcher der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes nachfolgt, keine Anmeldung von Forderungen nach Art. 219 Abs. 4 *Dritte Klasse* SchKG durch Gläubiger mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz erfolgen, bestünde kein Schutzbedarf dieser Gläubiger und es rechtfertigte sich auch keine Prüfung der angemessenen Berücksichtigung solcher Forderungen im ausländischen Insolvenzverfahren.⁹⁰⁵ Daher sollte für den Fall, dass an der Angemessenheitsprüfung nach Art. 174a Abs. 2 E-IPRG trotz der vorstehend aufgezeigten Bedenken festgehalten würde, zumindest bei Fehlen von schweizerischen Drittklassforderungen ein Verzicht auf die Durchführung der Angemessenheitsprüfung vorgesehen werden.⁹⁰⁶

C. Möglichkeit des grundsätzlichen Verzichtes auf die Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens?

a) *Verzicht im Grundsatz und Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses*

- 338 Die obligatorische Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens⁹⁰⁷ kann unzweckmässig sein, wenn keine bevorrechtigten Forderungen vorhanden sind.⁹⁰⁸ Insbesondere kann ein solcher Verfahrensablauf zu unnötigen Kosten und Verzögerungen führen, die letztlich zu Lasten der ausländischen Insolvenzmasse anfallen.⁹⁰⁹ Dafür besteht, namentlich bei Fehlen schutzbedürftiger Gläubiger, aber auch bei Gutheissung eines Antrages auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens nach Art. 174a Abs. 1 und 2 E-IPRG zu verzichten, keine Rechtfertigung.⁹¹⁰ Durch einen grundsätzlichen Verzicht

⁹⁰⁴ Der mögliche Verzicht auf die Angemessenheitsprüfung sollte auch im Rahmen des Verfahrens um Anerkennung des ausländischen Kollokationsplanes nach Art. 173 Abs. 3 IPRG in Erwägung gezogen werden.

⁹⁰⁵ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 6.

⁹⁰⁶ Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 6. Dies sollte auch für die Angemessenheitsprüfung nach Art. 173 Abs. 3 IPRG gelten.

⁹⁰⁷ Vgl. dazu Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4129 sowie S. 4140; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13.

⁹⁰⁸ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 6.

⁹⁰⁹ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 6.

⁹¹⁰ Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 6.

auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens könnten kostspielige administrative Leerläufe vermieden werden.⁹¹¹ Letztlich besteht ein erhebliches Interesse an einer prozessökonomischen Abwicklung des Insolvenzverfahrens, sowohl aus Sicht der Insolvenzgläubiger als auch aus Sicht des Gemeinschuldners.⁹¹² Ein solcher Verzicht im Grundsatz könnte zudem mit der Möglichkeit verbunden werden, ein Sekundärkonkursverfahren auf Antrag dennoch durchzuführen.

Eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses hätte zur Folge, dass im Sinne einer Grundregel nach der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes kein Sekundärkonkursverfahren eröffnet würde. Die Eröffnung und Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens würden lediglich auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger erfolgen. Da nach der hier vertretenen Ansicht das Vorabbefriedigungsrecht in Zukunft nur für pfandgesicherte Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG i.V.m. Art. 219 Abs. 1 SchKG sowie für Forderungen aus Verbindlichkeiten, die auf Rechnung einer in der Schweiz im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung des ausländischen Gemeinschuldners eingegangen worden sind (Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG i.V.m. Art. 50 Abs. 1 SchKG), bestehen⁹¹³ und zudem auf die Angemessenheitsprüfung nach Art. 174a Abs. 2 E-IPRG (sowie Art. 173 Abs. 3 IPRG) generell verzichtet werden sollte⁹¹⁴, würde die Befugnis zur Beantragung der Eröffnung und Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens nur den etwaigen Gläubigern pfandgesicherter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG sowie – (wohl) sofern noch kein Niederlassungskonkursverfahren nach Art. 50 Abs. 1 SchKG eröffnet wurde – Gläubigern von Niederlassungsforderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG zustehen. Ein entsprechender Antrag müsste innerhalb einer gesetzlich festgelegten Meldefrist erfolgen.⁹¹⁵

Im Falle eines grundsätzlichen Verzichtes auf die Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens oblägen die Befugnisse zur Verwaltung der auf schweizerischem Territorium gelegenen Vermögenswerte ab der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes dem ausländischen Insolvenzver-

⁹¹¹ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 6.

⁹¹² Vgl. in Bezug auf die Zwangsvollstreckung: DOMEJ, Internationale Zwangsvollstreckung, S. 119.

⁹¹³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 325 ff.

⁹¹⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 333 ff.

⁹¹⁵ Vgl. dazu auch nachstehend Rz. 346.

walter. Durch eine solche Regelung könnten auch etwaige Unklarheiten oder unterschiedliche Auffassungen zwischen dem schweizerischen Konkursamt und der ausländischen Insolvenzverwaltung über die Verwaltung der inländischen Aktiven verhindert werden. Die Möglichkeit für derartige Konflikte bestünde nach der im Vernehmlassungsentwurf enthaltenen Regelung insbesondere dann, wenn infolge der Gutheissung eines Verzichtsantrages die Verwaltungsbefugnisse hinsichtlich der inländischen Vermögenswerte an die ausländische Insolvenzverwaltung übergehen.⁹¹⁶ So könnte z.B. die fehlende Vornahme von verjährungsunterbrechenden Handlungen durch das schweizerische Konkursamt mit der Begründung der mangelhaften Verwaltung der Sekundärkonkursmasse zu Rechtsstreitigkeiten führen.

- 341 Mit der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes würde ein ausländischer Insolvenzverwalter (wie nach Art. 174a Abs. 4 E-IPRG) grundsätzlich über eine umfassende Prozessführungsbefugnis verfügen. Bis zum Zeitpunkt, an dem feststünde, dass kein Sekundärkonkursverfahren eröffnet wird, müsste diese aber ruhen bzw. sistiert sein. Damit würde möglichen Streitigkeiten über die zwischenzeitliche Verwaltung der inländischen Aktiven, die infolge einer Sekundärkonkursverfahrenseröffnung entstehen könnten, vorgebeugt; während dieser Schwebezeit müsste ausschliesslich die Beantragung einstweiliger Massnahmen durch den ausländischen Insolvenzverwalter zulässig sein.⁹¹⁷
- 342 Der Erläuterungsbericht sprach sich gegen die Möglichkeit einer Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses aus,⁹¹⁸ obschon ein solcher Verfahrensablauf erhebliche Vorteile mit sich bringen würde.⁹¹⁹ Nachfolgend sollen

⁹¹⁶ Die Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 7, weist diesbezüglich darauf hin, dass es wohl auch nach dem im Vernehmlassungsentwurf vorgesehenen Verfahrensablauf nicht zweckmässig wäre, im Sekundärkonkursverfahren andere als dringliche Verwaltungshandlungen vorzunehmen, so lange nicht geklärt ist, ob auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens nach Art. 174a Abs. 1 VE-IPRG verzichtet wird.

⁹¹⁷ Nach der Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 7, könnten dringliche Verwaltungshandlungen auch so lange in der Kompetenz des schweizerischen Konkursamtes stehen, bis feststeht, ob ein Sekundärkonkursverfahren durchgeführt wird. M.E. müsste diesbezüglich die Zuständigkeit ausdrücklich gesetzlich geregelt werden, denn ohne Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens würde grundsätzlich auch keine Zuständigkeit des schweizerischen Konkursamtes bestehen.

⁹¹⁸ Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13 f.; Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 6.

⁹¹⁹ Vgl. zu den Vorteilen vorstehend Rz. 338.

verschiedene Argumente, die für eine mögliche Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in Bezug auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens sprechen, genauer betrachtet werden.

b) Informationsmöglichkeit über das Antragsrecht

Nach der gegenwärtigen Rechtslage werden bevorrechtigte Gläubiger im Sinn von Art. 172 Abs. 1 IPRG nach resp. gleichzeitig mit der Veröffentlichung der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes (Art. 169 Abs. 1 IPRG) durch den Schuldenruf (Art. 170 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 232 SchKG) aufgefordert, ihre Forderungen anzumelden.⁹²⁰ Nach der bestehenden Praxis der Konkursämter werden mit diesem Schuldenruf grösstenteils auch die inländischen Gläubiger von nicht-bevorrechtigten Forderungen im Sinn von Art. 219 Abs. 4 *Dritte Klasse* SchKG dazu angehalten, ihre Forderungen beim zuständigen Konkursamt anzumelden.⁹²¹ Die mit dem Schuldenruf angesprochenen Gläubiger werden daher ohnehin erst durch diesen über die Eröffnung des Sekundärkonkursverfahrens und wohl zumeist, sofern die Gläubiger nicht bereits im ausländischen Insolvenzverfahren bekannt sind, faktisch gleichzeitig über dessen Eröffnung informiert.

Im Fall eines grundsätzlichen Verzichtes auf die Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens könnten die Gläubiger, die zur Beantragung der Eröffnung und Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens befugt sein sollen,⁹²² ebenfalls durch eine öffentliche Bekanntmachung über die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes sowie über die fristgebundene Möglichkeit zur Beantragung der Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens informiert werden. Die Gläubiger pfandgesicherter Forderungen sollten angesichts der Pfandsicherung in der Regel dem ausländischen Gemeinschuldner resp. dem ausländischen Insolvenzverwalter bekannt sein,

⁹²⁰ Vgl. Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13; BSK IPRG-BERTI/MABILLARD, Art. 169 N 8; Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 169 N 3; Vernehmlassung DOMAJ/HAAS/JAKOB, S. 7.

⁹²¹ Die Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4149, weist denn auch ausdrücklich darauf hin, dass der der Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes nachfolgende Schuldenruf die nach Art. 172 Abs. 1 E-IPRG sowie alle übrigen Gläubiger des ausländischen Gemeinschuldners mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz erfassen soll.

⁹²² Diese Befugnis soll nach der hier vertretenen Ansicht lediglich Gläubigern pfandgesicherter Forderungen im Sinn von Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG (vgl. dazu vorstehend Rz. 339) sowie Niederlassungsgläubigern im Sinne von Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG (vgl. dazu vorstehend Rz. 330 ff.) zustehen.

sodass diese zusätzlich durch eine «Spezialanzeige» (analog der Regelung in Art. 233 SchKG) über ihr Antragsrecht informiert werden könnten.⁹²³ Auch Gläubiger von Forderungen der schweizerischen Niederlassung des ausländischen Gemeinschuldners werden (regelmässig) bekannt sein; entsprechende Forderungen werden meistens auch im ausländischen Hauptinsolvenzverfahren angemeldet worden sein. Auch diese Gläubiger könnten durch die zuvor erwähnte Spezialanzeige über ihr Antragsrecht in Kenntnis gesetzt werden. Sollte das Antragsrecht, entgegen der hier vertretenen Ansicht, keine Beschränkung auf Gläubiger pfandgesicherter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG sowie auf Niederlassungsgläubiger nach Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG erfahren, dann wäre zu berücksichtigen, dass die etwaigen übrigen Gläubiger, die durch eine öffentliche Bekanntmachung zu informieren wären, zwingend über einen inländischen (Wohn-)Sitz verfügen müssten (vgl. Art. 172 Abs. 1 lit. b E-IPRG sowie Art. 173 Abs. 3 IPRG resp. Art. 174a Abs. 1 und 2 E-IPRG), was sich hinsichtlich der Informationsmöglichkeit erleichternd auswirken würde.

- ³⁴⁵ Vor dem Hintergrund, dass bereits nach der geltenden Regelung die Aufforderung an die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen mittels eines Schuldenrufes im SHAB erfolgt, würde die vorgeschlagene Neufassung keine Veränderung der Rechtslage bzw. Verschlechterung der Position der Gläubiger gegenüber der gegenwärtigen (und im E-IPRG weiterhin vorgesehenen) Situation bedeuten.⁹²⁴ Damit ist auch das im Erläuterungsbericht vorgebrachte Argument entkräftet,⁹²⁵ dass im Falle einer Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses eine Information der Gläubiger über ihr Antragsrecht nicht vollständig gewährleistet werden könne, was jedoch für die Möglichkeit der Ausübung der Antragsbefugnis Voraussetzung sei.

c) *Geringere Verfahrensverzögerungsmöglichkeit*

- ³⁴⁶ Durch die vorzusehende Möglichkeit, die Eröffnung und Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens von einem Antrag eines oder mehrerer Gläubiger abhängig zu machen, könnten nicht nur Verfahrensleerläufe, sondern

⁹²³ Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 7.

⁹²⁴ Vgl. auch Furrer/Girsberger/Müller-Chen-GASSMANN, Art. 169 N 3, der ausführt, dass die Publikation des positiven Entscheides über die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes Grundlage ist, um sicherzustellen, dass «interessierte Gläubiger» ihr rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 IPRG auch tatsächlich ausüben können.

⁹²⁵ Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13.

auch unnötige Kostenfolgen,⁹²⁶ die im Ergebnis zu Lasten der ausländischen Insolvenzmasse gehen und sich damit für alle Gläubiger negativ auswirken, verhindert werden. Es ist anzunehmen, dass bei einer solchen Regelung, sofern keine Gläubiger pfandgesicherter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG sowie Forderungen von Niederlassungsgläubigern nach Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG (resp. privilegierter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. b IPRG) vorhanden wären, grösstenteils keine Eröffnung und Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens beantragt würde. Zwar müsste den antragsberechtigten Gläubigern eine Frist zur Beantragung der Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens von ein bis zwei Monaten zugestanden werden, eine solche Verlängerung des Verfahrens wäre jedoch angesichts der zahlreichen prozessökonomischen Vorteile, die eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bringen würde, in Kauf zu nehmen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzesentwurf für die Beantragung des Verzichtes auf die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens nach Art. 174a Abs. 1 E-IPRG keine Frist vorsieht. Daher bestünde nach der vorgeschlagenen Regelung grundsätzlich die (freilich aber wohl nur im Ausnahmefall wahrscheinliche) Möglichkeit, dass noch zu einem späten Zeitpunkt im Sekundärkonkursverfahren der Verzichtsantrag gestellt würde. In diesem Fall wäre aber ein grosser Teil der Kosten bereits angefallen und die Verfahrensdauer aufgrund der Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens schon erheblich verlängert. Der hier vorgeschlagene Verfahrensablauf würde daher, entgegen den im Erläuterungsbericht⁹²⁷ vorgebrachten Bedenken, zu keiner wesentlichen Verzögerung des Verfahrens führen,⁹²⁸ sondern könnte einer solchen unter Umständen sogar entgegenwirken.

d) *Kein zusätzliches Risiko für Rechtsstreitigkeiten über die Gläubigereigenschaft*

Gegen eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses brachte der Erläuterungsbericht zudem vor, dass eine allenfalls strittige Gläubigereigenschaft zu Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Antragsbefugnis führen 347

⁹²⁶ Solche negativen Auswirkungen sind denkbar, wenn nach einer Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes ein Sekundärkonkursverfahren eröffnet wird, obwohl keine Gläubiger pfandgesicherter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG resp. privilegierter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. b E-IPRG und Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG vorhanden sind (vgl. dazu auch vorstehend Rz. 316).

⁹²⁷ Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13.

⁹²⁸ Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 7.

könne.⁹²⁹ Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang aber, dass auch andere Eigenschaften, wie z.B. die bevorrechtigte Stellung von Forderungen oder die angemessene Berücksichtigung von Forderungen inländischer Gläubiger im ausländischen Insolvenzverfahren nach der im Vernehmlassungsentwurf enthaltenen Ausgestaltung des Verzichtsantragsverfahrens nach Art. 174a Abs. 1 und 2 E-IPRG zu gerichtlichen Streitigkeiten führen können, die unter Umständen über mehrere Instanzen andauern.⁹³⁰ Die Gefahr solcher Rechtsstreitigkeiten wäre auch im Fall eines alternativen Verfahrensablaufs, d.h. bei einer Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses, hinzunehmen. Im Übrigen würde die vorgeschlagene Beschränkung der Antragsbefugnis auf Gläubiger pfandgesicherter Forderungen die Gefahr von Rechtsstreitigkeiten mindern.

e) Einschränkung der Antragsbefugnis

- 348 Zuletzt führte der Erläuterungsbericht aus, dass das Recht, die Eröffnung und Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens zu beantragen, an spezifische Kriterien geknüpft sein müsse, damit eine sinnvolle Einschränkung des Sekundärkonkursverfahrens erfolgen könne.⁹³¹ Der Erläuterungsbericht führte in diesem Zusammenhang weiter aus, dass dies für Gläubiger mit geringen Forderungen aber einen unmöglichen oder unverhältnismässigen Aufwand darstellen könne.⁹³²
- 349 Die vorstehend geforderte Beschränkung des Antragsrechts auf Gläubiger pfandgesicherter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG sowie Forderungen von Niederlassungsgläubigern nach Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG könnte zu einer sinnvollen Einschränkung des Antragsrechts führen. Gleichzeitig würde verhindert, dass Gläubigern kleinerer Forderungen ein unverhältnismässiger Aufwand entstünde, da sich der Nachweis für das Bestehen einer pfandgesicherten Forderung im Vergleich zu anderen Nachweisen wohl verhältnismässig einfach erbringen lassen sollte. Darüber hinaus erfolgen Pfandsicherungen aufgrund des damit verbundenen Aufwandes in der Regel für grössere Forderungsbeträge.

⁹²⁹ Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13.

⁹³⁰ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 7.

⁹³¹ Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13.

⁹³² Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 13 f.

2. Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach Art. 174a Abs. 4 E-IPRG

Nach der Gutheissung eines Antrages nach Art. 174a Abs. 1 und 2 E-IPRG³⁵⁰ und aufgrund des daraus folgenden Verzichtes auf die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens soll ein ausländischer Insolvenzverwalter nach Art. 174a Abs. 3 E-IPRG grundsätzlich «unter Beachtung des schweizerischen Rechts sämtliche Befugnisse ausüben [dürfen], die [ihm] nach dem Recht des Staates der Konkurseröffnung zustehen; [er soll] [...] insbesondere [...] Prozesse führen [dürfen]». Die ihm durch Art. 174a Abs. 4 E-IPRG eingeräumten Befugnisse sollten aber nicht die Vornahme hoheitlicher Handlungen, die Anwendung von Zwangsmitteln oder das Recht, Streitigkeiten zu entscheiden umfassen.

Der VE-IPRG enthielt noch den Wortlaut, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter betreffend das [ihm] zur Verfügung gestellte Vermögen alle Befugnisse ausüben [dürfe], die dem Schuldner vor der Konkurseröffnung⁹³³ zustanden, insbesondere [...] Prozesse führen» (Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG⁹³⁴). Der Wortlaut sprach damit ausschliesslich die ursprünglich dem ausländischen Gemeinschuldner zustehende Prozessführungsbefugnis an. Im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des VE-IPRG sollte ein ausländischer Insolvenzverwalter aber auch über jene Prozessführungsbefugnis verfügen, die ihm ausschliesslich aufgrund seiner Stellung resp. Funktion als Insolvenzverwalter zusteht,⁹³⁵ d.h. solche Befugnisse, die nicht bereits dem Gemeinschuldner zukamen.⁹³⁶ Eine eng am Wortlaut von Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG orientierte, restriktive Auslegung hätte zu einer erneuten Einschränkung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter führen können. Der ausdrückliche und isolierte Verweis auf die Befugnisse des Gemeinschuldners in Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG war daher irreführend und konnte nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen. Wohl auf die Kritik

⁹³³ Der Wortlaut von Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG liess nicht eindeutig darauf schliessen, ob mit «Konkurseröffnung» die ausländische Insolvenzeröffnung oder die schweizerische Sekundärkonkurseröffnung angesprochen ist (Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 12). Es ist jedoch davon auszugehen, dass die ausländische Insolvenzeröffnung gemeint ist (Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 12).

⁹³⁴ Vgl. zu Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG: BUCHER, S. 8.

⁹³⁵ Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 11 f.

⁹³⁶ Vgl. Vernehmlassung MARKUS, S. 11.

im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens hin⁹³⁷ wurde der Wortlaut von Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG im definitiven Gesetzesentwurf dahingehend ergänzt, dass einem ausländischen Insolvenzverwalter infolge der Nichtdurchführung eines Sekundärkonkursverfahrens unter anderem jene (prozessualen) Befugnisse zustehen, die ihm nach der *lex fori concursus* zukommen, mit Ausnahme etwaiger hoheitlicher Handlungen, die Anwendung von Zwangsmitteln oder das Recht, Streitigkeiten zu entscheiden (vgl. Art. 174a Abs. 4 E-IPRG).

3. Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des 11. Kapitels des E-IPRG

- 352 Wie bereits erwähnt, hat das Bundesgericht einer generellen Beschränkung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter durch die Art. 166 ff. IPRG eine Absage erteilt, wenn keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners betroffen sind.⁹³⁸ Offengelassen hat es in seiner Rechtsprechung jedoch, wie es sich mit der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG verhält.⁹³⁹ Nach der hier vertretenen Ansicht ist ausserhalb des Anwendungsbereiches der Art. 166 ff. IPRG grundsätzlich von einer umfassenden Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter auszugehen.⁹⁴⁰ Es besteht daher insofern eine (sekundärkonkurs-)massenbezogene Einschränkung der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten. Dennoch verbleibt mangels einer gesetzlichen Regelung und einer Klärung durch die Rechtsprechung in diesem Bereich eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Anzustreben wäre daher,

⁹³⁷ Vgl. Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 11 f. Die Vernehmlassung DOMEJ/HAAS/JAKOB, S. 12, schlug den folgenden Wortlaut vor [die Ergänzungen zu Art. 174 Abs. 2 VE-IPRG sind unterstrichen]: «Die ausländische Konkursverwaltung darf betreffend das ihr zur Verfügung gestellte Vermögen alle Befugnisse ausüben, die dem Schuldner vor der ausländischen Konkurseröffnung zustanden oder der ausländischen Konkursverwaltung kraft ihrer Stellung zukommen, insbesondere das Vermögen ins Ausland verbringen und Prozesse führen. Ihre Befugnisse umfassen nicht die Anwendung von Zwangsmitteln in der Schweiz oder das Recht, hier über Rechtsstreitigkeiten oder andere Auseinandersetzungen zu befinden.»

⁹³⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 79.

⁹³⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 79.

⁹⁴⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 180. Vgl. zur Prozessführungsbefugnis ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG vorstehend im Detail Rz. 152 ff.

die bestehende Rechtsunsicherheit im Rahmen der Revision zu beseitigen. Bedauerlicherweise lässt der Gesetzesentwurf aber eine klärende Regelung zu dieser Thematik vermissen.

Im Zuge der weiteren Gesetzgebungsarbeiten zur Revision des 11. Kapitels des IPRG sollte daher klargestellt werden, dass ausländischen Insolvenzverwaltern eine umfassende Prozessführungsbefugnis vor schweizerischen Gerichten zukommt, soweit die Prozessführung keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners betrifft und daher die in Art. 166 ff. IPRG normierten Grundsätze keine Anwendung finden. Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausschliesslich hinsichtlich der der Sekundärkonkursmasse zugehörigen Aktiven Einschränkungen erfährt. ³⁵³

Da die Befugnis eines ausländischer Insolvenzverwalters zur Prozessführung auf einem ausländischen Insolvenzdekret und damit auf einem ausländischen Hoheitsakt beruht,⁹⁴¹ ist für die Anerkennung dieser Befugnis durch schweizerische Gerichte allerdings die (inzidente) Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes⁹⁴² in (sinngemässer) Anwendung der Voraussetzungen des Art. 166 Abs. 1 IPRG erforderlich⁹⁴³. Eine künftige gesetzliche Regelung sollte einen entsprechenden Hinweis darauf enthalten, dass hinsichtlich der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG für eine Anerkennung derselben die Voraussetzungen nach Art. 166 Abs. 1 E-IPRG erfüllt sein müssen, wobei eine inzidente Prüfung genügen sollte. ³⁵⁴

IV. Selektive Übernahme von Regelungen aus EuInsVO/UNCITRAL-Modellgesetz

Angesichts der laufenden Revisionsbemühungen zum internationalen Konkursrecht der Schweiz und der damit verbundenen Probleme⁹⁴⁴ soll nachfolgend diskutiert werden, ob im Rahmen einer Revision hinsichtlich der Pro- ³⁵⁵

⁹⁴¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 176.

⁹⁴² Vgl. in diesem Zusammenhang HABSCHIED, Grenzüberschreitendes Insolvenzrecht, S. 469.

⁹⁴³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 179.

⁹⁴⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 323 ff.

zessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter (auch) eine Übernahme einzelner Regelungen aus der EuInsVO bzw. aus dem UNCITRAL-Modellgesetz sinnvoll bzw. praktikabel sein könnte.

- 356 Im Anwendungsbereich der EuInsVO/aEuInsVO garantiert diese (ausländischen) Hauptinsolvenzverwaltern eine sehr weitgehende Prozessführungsbefugnis in anderen EU-Mitgliedstaaten, insbesondere durch die Einräumung verschiedener Antrags-, Widerspruchs- und Anfechtungs- bzw. Rechtsmittelbefugnisse.⁹⁴⁵ Eine staatsvertragliche Lösung zwischen der Schweiz und der EU, mittels derer die Regeln der EuInsVO für das Verhältnis zwischen den EU-Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Dänemarks) und der Schweiz Geltung erhalten würden, würde eine umfassende Anpassung des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts erfordern. Nicht erfasst würde dadurch hingegen die schweizerische Handhabung von Insolvenzverfahren, die ausserhalb des EU-Raumes eröffnet werden. Derzeit steht eine solche staatsvertragliche Regelung mit der EU nicht zur Diskussion.⁹⁴⁶ Ebenso kommt eine (einseitige) vollständige Übernahme der Bestimmungen der EuInsVO ins schweizerische Recht nicht in Betracht.⁹⁴⁷
- 357 Mit Blick auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter könnte sich hingegen die Umsetzung des UNCITRAL-Modellgesetzes in das schweizerische Recht anbieten. Dadurch würde, soweit in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners betroffen sind, eine im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage umfassendere Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten eingeführt. Zu der gleichen Erweiterung der Prozessführungsbefugnis käme es unter dem E-IPRG, sofern kein Verzicht auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens nach Art. 174a E-IPRG erfolgt. So könnte ausländischen Insolvenzverwaltern durch eine Übernahme der Regelungen des UNCITRAL-Modellgesetzes vor schweizerischen Gerichten ein Grundbedarf an prozessualen Befugnissen eingeräumt werden. Dies würde jedoch eine grundlegende Änderung des schweizerischen internationalen Insolvenz-

⁹⁴⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 234 ff.

⁹⁴⁶ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4134; Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 7.

⁹⁴⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang die Argumente, die gegen eine vollständige Übernahme der EuInsVO ins deutsche Recht vorgebracht wurden: BT-Drs. 15/16, S. 13; Fridgen/Geiwitz/Göpfert-MARTINI, § 335 N 7; MünchKomm InsO III-REINHART, Vorbemerkungen zu §§ 335 ff. N 17; Reithmann/Martiny-HAUSMANN, Rz. 7.484. Vgl. auch LEIPOLD, S. 535 f.; WEHDEKING, S. 139.

rechts erfordern und es ist äusserst fraglich, ob ein solcher Vorschlag die Zustimmung im Parlament erhalten würde. Der E-IPRG verzichtet denn auch auf eine «umfassende Übernahme» des UNCITRAL-Modellgesetzes.⁹⁴⁸ Die Botschaft zur Revision des 11. Kapitels des IPRG weist aber darauf hin, dass der E-IPRG «die Kernelemente des UNCITRAL-Mustergesetzes» aufnehme.⁹⁴⁹

In Anbetracht der Notwendigkeit einer Revision des geltenden internationalen Konkursrechts der Schweiz und insbesondere der Regeln zur Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten sowie unter Berücksichtigung, dass eine vollständige Übernahme weder der EuInsVO noch des UNCITRAL-Modellgesetzes derzeit in Betracht kommt, ist (auch vor dem Hintergrund der laufenden Revisionsbestrebungen) zu untersuchen, ob sich aus den Regelungen zur Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter in den beiden genannten Regelwerken Anstösse für eine Anpassung des schweizerischen Rechts entnehmen lassen können.⁹⁵⁰ 358

In diesem Sinne sollen die nachfolgend aufgeführten Regelungen dahingehend betrachtet werden, ob deren Aufnahme ins schweizerische Recht als sinnvoll und praktikabel angesehen werden kann. Dabei sollen auch einzelne wesentliche Probleme skizziert werden, die bei einer Regelimplementierung zu beachten wären. Es soll hingegen keine umfassende Prüfung erfolgen, ob und inwieweit im Falle einer Aufnahme weitere Anpassungen des schweizerischen Rechts erfolgen müssten. Bei dieser Betrachtung ist davon auszugehen, dass im Rahmen einer künftigen Regelung an einem gewissen Schutz 359

⁹⁴⁸ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4134. Vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 7.

⁹⁴⁹ Botschaft 11. Kapitel IPRG, S. 4134. Vgl. auch Erläuterungsbericht IPRG-Konkurs, S. 7.

⁹⁵⁰ In Bezug auf das UNCITRAL-Modellgesetz ist zu beachten, dass sowohl das IPRG als auch der E-IPRG hinsichtlich der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter bereits einzelne Regelungen enthalten, die mit jenen des UNCITRAL-Modellgesetzes vergleichbar sind (vgl. z.B. Art. 15 Abs. 1 UNCITRAL-Modellgesetz sowie Art. 166 Abs. 1 IPRG/E-IPRG betreffend die Befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters, die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes zu beantragen; Art. 19 Abs. 1 UNCITRAL-Modellgesetz sowie Art. 168 IPRG betreffend die Befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters, den Erlass sichernder Massnahmen zu beantragen; Art. 23 Abs. 1 UNCITRAL-Modellgesetz sowie Art. 171 IPRG/E-IPRG betreffend die Befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters, eine paulianische Anfechtungsklage zu erheben).

schweizerischer Gläubiger festgehalten wird. Dabei erfolgen die Ausführungen grundsätzlich unabhängig von einer möglichen künftigen Ausgestaltung eines solchen Gläubigerschutzes.⁹⁵¹

1. EuInsVO

A. Geltung der *lex fori concursus*

- ³⁶⁰ Die EuInsVO geht hinsichtlich der Befugnisse und damit einhergehend der Prozessführungsbefugnis ausländischer Hauptinsolvenzverwalter von der Geltung der *lex fori concursus generalis* aus (Art. 7 Abs. 2 lit. c EuInsVO/Art. 4 Abs. 2 lit. c aEuInsVO⁹⁵²).⁹⁵³ Ein Hauptinsolvenzverwalter verfügt daher in anderen Mitgliedstaaten grundsätzlich über die Prozessführungsbefugnis, die ihm nach dem Recht des Staates der Hauptinsolvenzverfahrenseröffnung zusteht (Art. 21 Abs. 1 EuInsVO/Art. 18 Abs. 1 aEuInsVO).⁹⁵⁴
- ³⁶¹ Österreich und Deutschland haben ihr (insbesondere) im Verhältnis zu Drittstaaten zur Anwendung gelangendes internationales Insolvenzrecht reformiert und sich dabei hinsichtlich einzelner Regelungskomplexe an den Regelungen der EuInsVO orientiert.⁹⁵⁵ In Bezug auf die grundsätzliche Geltung der *lex fori concursus* für ein ausländisches Insolvenzverfahren und dessen Wirkungen, und damit auch hinsichtlich der Befugnisse resp. der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter stützen sich das österreichische sowie das deutsche internationale Insolvenzrecht auf die entsprechende Regelung der EuInsVO.
- ³⁶² In Bezug auf das auf die Befugnisse eines ausländischen Insolvenzverwalters anzuwendende Recht enthält das österreichische internationale Insolvenz-

⁹⁵¹ Vgl. diesbezüglich die Kritik an der Ausgestaltung des Schutzes schweizerischer Gläubiger im Rahmen des 11. Kapitels des IPRG/E-IPRG in vorstehend Rz. 327 ff.

⁹⁵² Nach dem Heidelberg-Luxembourg-Vienna-Report haben sich in der Anwendung hinsichtlich Art. 4 Abs. 2 lit. c aEuInsVO keine relevanten Probleme ergeben (vgl. External Evaluation, S. 252; HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, Rz. 654).

⁹⁵³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 229 ff.

⁹⁵⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 231.

⁹⁵⁵ RODRIGUEZ, Rechtsvergleichende Betrachtungen, S. 402; WEHDEKING, S. 139 ff. Vgl. in Bezug auf das österreichische Recht: DELLINGER/OBERHAMMER/KOLLER, Rz. 545; GEROLDINGER, S. 120. Vgl. in Bezug auf das deutsche Recht: PAPE/UHLENBRUCK/VOIGT-SALUS, Kapitel 48 Rz. 30.

recht eine Regel, die Art. 7 Abs. 2 lit. c EuInsVO/Art. 4 Abs. 2 lit. c aEuInsVO entspricht (§ 221 Abs. 2 Ziff. 3 IO).⁹⁵⁶ Darüber hinaus orientiert sich § 241 IO, wonach unter anderem ein ausländischer Insolvenzverwalter in Österreich alle Befugnisse ausüben darf, die ihm in jenem Staat zustehen, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (Abs. 1), an Art. 21 Abs. 1 EuInsVO/Art. 18 Abs. 1 aEuInsVO.⁹⁵⁷ Aufgrund dieser Regel kommt einem ausländischen Insolvenzverwalter vor österreichischen Gerichten insbesondere die ihm von der *lex fori concursus* übertragene Prozessführungsbefugnis zu,⁹⁵⁸ sofern das ausländische Insolvenzverfahren nach § 240 IO anzuerkennen ist⁹⁵⁹ (wobei kein Exequaturverfahren erforderlich ist, sondern die Anerkennung *ipso iure* erfolgt⁹⁶⁰). Die sich nach der *lex fori concursus* richtende Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters kann durch die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens in Österreich eingeschränkt werden, für dessen Verwaltung der inländische Sekundärinsolvenzverwalter zuständig ist.⁹⁶¹

Für Deutschland lehnt sich § 335 InsO ebenfalls an die Regelung der EuIns-
VO (Art. 7 Abs. 1 EuInsVO/Art. 4 Abs. 1 aEuInsVO) an und bestimmt für 363
ein ausländisches Insolvenzverfahren und dessen Wirkungen die grundsätzliche Geltung der *lex fori concursus*,⁹⁶² sofern die Voraussetzungen für die Anerkennung der ausländischen Insolvenzeröffnung (vgl. § 343 InsO) erfüllt sind (wobei es auch im Anwendungsbereich der InsO keines Exequaturverfahrens bedarf⁹⁶³).⁹⁶⁴ Eine Einschränkung des Grundsatzes der Geltung der *lex fori concursus* kann wiederum durch die Eröffnung eines Sekundärinsol-

⁹⁵⁶ Vgl. Konecny/Schubert-MADERBACHER, § 221 N 4 sowie N 8.

⁹⁵⁷ Vgl. Konecny/Schubert-OBERHAMMER, § 241 N 1.

⁹⁵⁸ Vgl. Konecny/Schubert-OBERHAMMER, § 241 N 3.

⁹⁵⁹ Vgl. Konecny/Schubert-OBERHAMMER, § 241 N 3.

⁹⁶⁰ Konecny/Schubert-OBERHAMMER, § 240 N 4; BUCHEGGER, S. 346.

⁹⁶¹ Vgl. Konecny/Schubert-OBERHAMMER, § 240 N 18.

⁹⁶² Andres/Leithaus/Dahl-DAHL, § 335 N 1 f.; Fridgen/Geiwitz/Göpfert-MARTINI § 335 N 2 f.; BerlinKomm-PANNEN, § 335 N 1; Hess II-REIMANN-RÄTTIG, § 335 N 2 f.; MünchKomm InsO III-REINHART, § 335 N 2 ff.; Kayser/Thole-STEPHAN, § 335 N 1 sowie N 3.

⁹⁶³ Andres/Leithaus-DAHL, § 343 N 2; Braun-EHRET, § 343 N 6; MünchKomm InsO III-THOLE, § 343 N 1.

⁹⁶⁴ Vgl. Reithmann/Martiny-HAUSMANN, Rz. 7.595 m.w.H.; Kayser/Thole-STEPHAN, § 335 N 5. Vgl. auch FREGE/KELLER/RIEDEL, Rz. 2655.

venzverfahrens in Deutschland erfolgen.⁹⁶⁵ Auch wenn eine ausdrückliche Regelung fehlt, gilt die *lex fori concursus* ebenso für die Befugnisse ausländischer Insolvenzverwalter,⁹⁶⁶ wovon die Prozessführungsbefugnis erfasst ist.⁹⁶⁷ Dies hat zur Folge, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter auch vor deutschen Gerichten zur Prozessführung befugt ist, sofern nach der *lex fori concursus* mit der Insolvenzeröffnung die Prozessführungsbefugnis auf diesen übertragen wird.⁹⁶⁸

- ³⁶⁴ Anders gestaltet sich die Rechtslage in Frankreich, wo eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zum autonomen internationalen Insolvenzrecht fehlt.⁹⁶⁹ Für die (Vollstreckungs-)Wirkungsentfaltung eines ausländischen Insolvenzverfahrens auf französischem Territorium ist die Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheides im Rahmen eines Exequaturverfahrens notwendig.⁹⁷⁰ Nach der Exequaturerteilung richten sich die Rechtsfolgen der ausländischen Insolvenzeröffnung grundsätzlich nach der (ausländischen) *lex fori concursus*.⁹⁷¹ Ein ausländischer Insolvenzverwalter ist jedoch bereits mit seiner Ernennung im ausländischen Insolvenzverfahren und daher ohne Anerkennung des ausländischen Insolvenzscheides in Frankreich prozessführungsbefugt.⁹⁷² So steht ihm die Befugnis zur Forderungsanmeldung in einem französischen Insolvenzverfahren zu.⁹⁷³ Auch den Erlass sichernder

⁹⁶⁵ Kayser/Thole-STEPHAN, § 335 N 14; FREGE/KELLER/RIEDEL, Rz. 2672a. Vgl. auch Schmidt-BRINKMANN, Vorbemerkungen zu §§ 335 ff. N 10; Andres/Leithaus/Dahl-DAHL, § 335 N 4; Fridgen/Geiwitz/Göpfert-MARTINI, § 335 N 35.

⁹⁶⁶ Vgl. BerlinKomm-PANNEN, § 335 N 4; FREGE/KELLER/RIEDEL, Rz. 2671; Gottwald-KOLMANN/KELLER, § 134 Rz. 52; WESTPFAHL/GOETKER/WILKENS, Rz. 703.

⁹⁶⁷ MünchKomm InsO III-REINHART, § 335 N 65; FREGE/KELLER/RIEDEL, Rz. 2672; Gottwald-KOLMANN/KELLER, § 134 Rz. 52.

⁹⁶⁸ Vgl. Reithmann/Martiny-HAUSMANN, Rz. 7.595 m.w.H.; Kindler/Nachmann-KINDLER, § 3 N 76.

⁹⁶⁹ External Evaluation, S. 84; HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, Rz. 236; VALLENS, S. 136.

⁹⁷⁰ Cass 1^{re} civ., 28.03.2012, No. 11-10639; Cass. 1^{re} civ., 25.02.1986, JDI 1988, S. 425, 427 (JACQUEMONT); BUREAU/MUIR WATT, S. 655; NIBOYET/DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Rz. 90; SONNENBERGER/DAMMANN, Rz. IX 101.

⁹⁷¹ GRAF, Anerkennung, S. 138; SONNENBERGER/DAMMANN, Rz. IX 103; SYNDET, Rz. 96; VALLENS, S. 142.

⁹⁷² Vgl. BUREAU/MUIR WATT, S. 656; GRAF, Anerkennung, S. 141 m.w.H. Vgl. auch ANCEL, S. 1399; MARTIN-SERF, S. 46 m.w.H. Vgl. auch TGI Paris, 15.06.1988, JDI 1990, S. 423, 428 (MATTOUT).

⁹⁷³ Cass. civ., 14.05.1996, Rev. crit. DIP 1996, S. 475 (RÉMERY); GRAF, Anerkennung, S. 141; BUREAU/MUIR WATT, S. 656; MÉLIN, S. 77; SONNENBERGER/DAMMANN, Rz. IX 100; SYNDET, Rz. 77. Vgl. auch CA Paris, 09.09.2005, JCP E 2006, 1067 (DOM).

Massnahmen kann er beantragen.⁹⁷⁴ Darüber hinaus kann er die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Frankreich beantragen⁹⁷⁵ sowie (Dritt-)Widerspruchsklage gegen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Frankreich erheben⁹⁷⁶. Zudem verfügt er über die Befugnis zur Beantragung der Anerkennung des ausländischen Insolvenzentscheides.⁹⁷⁷ Vollstreckungs- und Admassierungshandlungen eines ausländischen Insolvenzverwalters bezüglich auf französischem Territorium gelegenen Vermögen des ausländischen Gemeinschuldners sind aber erst nach der Anerkennung des ausländischen Insolvenzentscheides möglich.⁹⁷⁸

In Bezug auf die Frage, ob die Implementierung einer Art. 7 Abs. 2 lit. c EuInsVO/Art. 4 Abs. 2 lit. c aEuInsVO entsprechenden Regel ins schweizerische Recht sinnvoll wäre, zeigt sich Folgendes:

Soweit die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter durch das Recht eines Staates erheblichen Einschränkungen unterliegt, ist es nicht sinnvoll, zugleich in eben diesem nationalen Recht eine Grundsatzregel vorzusehen, wonach sich die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach der *lex fori concursus* richten soll. Nach dem geltenden schweizerischen Recht, aber im Grundsatz auch nach dem E-IPRG, kommt ausländischen Insolvenzverwaltern vor schweizerischen Gerichten, soweit inländische Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners betroffen sind, nur in Einzelfällen Prozessführungsbefugnis zu.⁹⁷⁹ Hinsichtlich des E-IPRG ist dies insoweit zu präzisieren, dass dies nur dann gelten soll, sofern nicht nach Art. 174a E-IPRG ein Verzicht auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens erfolgt wäre.⁹⁸⁰ Soweit ein ausländischer Insol-

⁹⁷⁴ Vgl. CA Paris, 09.09.2005, JCP E 2006, 1067 (DOM); ANCEL, S. 1399; BUREAU/MUIR WATT, S. 656; GRAF, Anerkennung, S. 141; MÉLIN, S. 77 m.w.H.; SYNDET, Rz. 77 m.w.H.; VALLENS, S. 139.

⁹⁷⁵ ANCEL, S. 1399; MÉLIN, S. 77; VALLENS, S. 139.

⁹⁷⁶ CA Paris, 07.07.1978, JDI 1978, S. 606; GRAF, Anerkennung, S. 141; SYNDET, Rz. 77.

⁹⁷⁷ Cass. 1^{re} civ., 25.02.1986, JDI 1988, S. 425, 434 (JACQUEMONT); ANCEL, S. 1399 m.w.H.; BUREAU/MUIR WATT, S. 656; MÉLIN, S. 77 m.V.a. Cass. 1^{re} civ., 24.03.1998, JCP 1998, 10155 (KERCKHOVE); SONNENBERGER/DAMMANN, Rz. IX 102; SYNDET, Rz. 83; VALLENS, S. 139. Vgl. auch CA Paris, 09.09.2005, JCP E 2006, 1067 (DOM).

⁹⁷⁸ Vgl. CA Paris, 09.09.2005, JCP E 2006, 1067 (DOM); Cass. 1^{re} civ., 25.02.1986, JDI 1988, S. 425, 427 (JACQUEMONT); BUREAU/MUIR WATT, S. 656; GRAF, Anerkennung, S. 142 m.w.H.; SYNDET, Rz. 76; VALLENS, S. 140.

⁹⁷⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 91 ff. sowie Rz. 310 ff.

⁹⁸⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 315 ff. sowie Rz. 319 f.

venzverwalter somit über nahezu keine Prozessführungsbefugnis vor schweizerischen Gerichten verfügt, empfiehlt sich nach der hier vertretenen Ansicht die Aufnahme einer Bestimmung ins schweizerische Recht in Anlehnung an Art. 7 Abs. 2 lit. c EuInsVO/Art. 4 Abs. 2 lit. c aEuInsVO nicht.

- ³⁶⁷ Eine solche Regelung würde sich jedoch für Konstellationen anbieten, in denen ein Verzicht auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens erfolgt wäre. Der Vorentwurf sah diesbezüglich noch eine Einschränkung in Art. 174a Abs. 2 VE-IPRG auf die Befugnisse, die dem Gemeinschuldner vor der Insolvenzeröffnung zustanden, vor.⁹⁸¹ Der definitive Gesetzesentwurf enthält nun eine Regel in Anlehnung an Art. 7 Abs. 2 lit. c EuInsVO/Art. 4 Abs. 2 lit. c aEuInsVO, wonach im Falle des Verzichts auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens ein ausländischer Insolvenzverwalter unter Beachtung des schweizerischen Rechts sämtliche Befugnisse ausüben dürfen soll, die ihm nach dem Recht des Staates der Insolvenzeröffnung zustehen; dies soll insbesondere auch die Befugnis umfassen, Prozesse zu führen (Art. 174a Abs. 4 E-IPRG).⁹⁸² Auch für den Anwendungsbereich ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG⁹⁸³ wäre eine Regelung sinnvoll, dass sich die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach der *lex fori concursus* richtet.⁹⁸⁴

B. Vermeidung der Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens durch Abgabe einer Zusicherung

- ³⁶⁸ Vor dem Hintergrund der im E-IPRG vorgesehenen Möglichkeit des Verzichts auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens (Art. 174a E-IPRG)⁹⁸⁵ stellt sich die Frage, ob sich die in der EuInsVO zur Vermeidung eines Sekundärinsolvenzverfahrens enthaltene Möglichkeit der Abgabe einer Zusicherung durch den Hauptinsolvenzverwalter (Art. 36 Abs. 1 EuInsVO)⁹⁸⁶ auch für das schweizerische internationale Insolvenzrecht eignen würde.

⁹⁸¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 351.

⁹⁸² Vgl. dazu vorstehend Rz. 350.

⁹⁸³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 152 ff. sowie Rz. 352 ff.

⁹⁸⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 352 ff.

⁹⁸⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 315 ff. sowie Rz. 319 f.

⁹⁸⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 242 f.

In Anlehnung an die Regelung in Art. 36 Abs. 1 EuInsVO könnte einem ausländischen Insolvenzverwalter die Befugnis eingeräumt werden, zur Vermeidung eines Sekundärkonkursverfahrens eine Zusicherung abzugeben, dass bei der Verteilung der in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte des ausländischen Gemeinschuldners die Vorzugsrechte der nach Art. 172 Abs. 1 E-IPRG bevorrechtigten Gläubiger gewahrt werden. Sofern im Rahmen einer künftigen gesetzlichen Regelung am Schutz von Drittklassforderungen von Gläubigern mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz (vgl. Art. 173 Abs. 3 IPRG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 *Dritte Klasse* SchKG) entgegen den vorgebrachten Bedenken⁹⁸⁷ festgehalten würde, müsste eine solche Zusicherung überdies auch das Versprechen enthalten, dass diese Forderungen im ausländischen Insolvenzverfahren angemessen berücksichtigt werden. Es erschiene zudem ratsam, die Wirksamkeit der Zusicherung von der Genehmigung derselben durch die im Rahmen des 11. Kapitels des IPRG geschützten Gläubiger abhängig zu machen (vgl. diesbezüglich auch Art. 36 Abs. 5 EuInsVO). 369

Die Einräumung einer solchen Befugnis könnte in Ergänzung zum vorgeschlagenen Art. 174a E-IPRG⁹⁸⁸ erfolgen. Bei Vorhandensein bevorrechtigter Gläubiger könnte durch die Abgabe einer Zusicherung durch den ausländischen Insolvenzverwalter und deren Genehmigung durch die genehmigungsberechtigten Gläubiger die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens vermieden werden, während nach der vorgeschlagenen Regelung ein Verzichtsantrag abgewiesen werden müsste (Art. 174a Abs. 1 E-IPRG).⁹⁸⁹ Dem ausländischen Insolvenzverwalter würden anschliessend im Sinne von Art. 174a Abs. 4 E-IPRG umfassende Rechtsverfolgungsbefugnisse vor schweizerischen Gerichten zukommen. 370

Die Ergänzung von Art. 174a E-IPRG durch die Gewährung einer Zusicherungsbefugnis an ausländische Insolvenzverwalter würde zu einer begrüssenswerten Erweiterung der Möglichkeiten zur Vermeidung der Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens führen. Damit würde zudem im Vergleich zu der im E-IPRG vorgeschlagenen Regelung eine zusätzliche Ausdehnung des Zugangs ausländischer Insolvenzverwalter zu schweizerischen Gerichten bewirkt. In Bezug auf die Vorteile, die ein Sekundärkonkursverfahrensverzicht mit sich bringen würde, kann auf die vorstehenden Ausführungen zu Art. 174a E-IPRG verwiesen werden, die auch hier zum Tragen 371

⁹⁸⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 333 ff.

⁹⁸⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 317 sowie Rz. 319.

⁹⁸⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 315 ff.

kommen.⁹⁹⁰ Ein gewichtiger Nachteil des Instituts der Zusicherung wäre, dass das Risiko von deren Nichteinhaltung auf den durch das 11. Kapitel des IPRG geschützten Gläubigern lasten würde (und diese die Nichteinhaltung resp. die daraus resultierenden Ansprüche auf dem Klageweg gelten machen müssten⁹⁹¹). Dieser Nachteil lässt sich jedoch vor dem Hintergrund rechtfertigen, dass diese Gläubiger die Genehmigung der Zusicherung auch verweigern könnten.

2. UNCITRAL-Modellgesetz

A. Befugnis zur Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens nach SchKG

- ³⁷² In Anbetracht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Rechtsverfolgungsbefugnissen ausländischer Insolvenzverwalter⁹⁹² kann ein ausländischer Insolvenzverwalter in der Schweiz im Anwendungsbereich der Art. 166 ff. IPRG *de lege lata* kein Vollstreckungsverfahren gegen einen (Dritt-)Schuldner einleiten. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob sich die Aufnahme einer Regelung in das IPRG anbieten würde, wonach ein ausländischer Insolvenzverwalter analog Art. 11 UNCITRAL-Modellgesetz im Umsetzungsstaat die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragen kann.⁹⁹³
- ³⁷³ Es wurde bereits erläutert,⁹⁹⁴ dass das geltende Recht dahingehend Defizite aufweist, dass für den Fall einer Gefährdung in der Schweiz gelegener Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners oder der drohenden Verjährung eines Anspruches eines ausländischen Gemeinschuldners gegen einen (Dritt-)Schuldner mit (Wohn-)Sitz in der Schweiz (vgl. Art. 167 Abs. 3 IPRG) keine umgehenden (prozessualen) Handlungen des ausländischen Insolvenzverwalters möglich sind. Ausschliesslich die Sekundärkonkursmasse kann – freilich erst nach der Anerkennung des ausländischen

⁹⁹⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 315.

⁹⁹¹ Vgl. in diesem Zusammenhang die Rechtslage unter der EuInsVO in vorstehend Rz. 263.

⁹⁹² Vgl. dazu vorstehend Rz. 87.

⁹⁹³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 296.

⁹⁹⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 188.

Insolvenzdekretes – entsprechende Massnahmen einleiten.⁹⁹⁵ Aus diesem Grund würde sich die Aufnahme einer Bestimmung in Anlehnung an Art. 11 UNCITRAL-Modellgesetz aufdrängen.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass Art. 11 UNCITRAL-Modellgesetz konzeptionell wohl nur die Befugnis ausländischer Insolvenzverwalter zur direkten Einleitung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens erfasst, welche in der Schweiz lediglich im Rahmen eines Antrags auf Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (Art. 190 f. SchKG) möglich ist. Die Aufnahme einer Art. 11 UNCITRAL-Modellgesetz entsprechenden Bestimmung in das schweizerische Recht würde daher einzig die Befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters begründen, die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (Art. 190 SchKG) zu beantragen. Einem ausländischen Insolvenzverwalter sollte jedoch m.E. generell die Befugnis zustehen, Zwangsvollstreckungsverfahren nach SchKG einzuleiten. Eine entsprechende Regelung müsste daher über die in Art. 11 UNCITRAL-Modellgesetz vorgesehene Befugnis hinausgehen. Aufgrund der Besonderheiten des schweizerischen Vollstreckungssystems sowie des schweizerischen internationalen Konkursrechts würden sich im Falle der Aufnahme einer solchen Regel jedoch verschiedene Probleme ergeben. Auf einzelne davon soll nachfolgend eingegangen werden.

Das Zwangsvollstreckungsverfahren gemäss SchKG (auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichtete Zwangsvollstreckungen; vgl. Art. 38 Abs. 1 SchKG) ist im Regelfall in ein Einleitungs- und ein Fortsetzungsverfahren unterteilt.⁹⁹⁶ Eingeleitet wird das Zwangsvollstreckungsverfahren grundsätzlich durch eine Betreuung eines Gläubigers (vgl. aber Art. 190 ff. SchKG), unabhängig davon, ob die Befriedigung des Geldanspruches letztlich im Zuge einer Spezial- oder einer Generalexekution erfolgt. Das Einleitungsverfahren ist einheitlich ausgestaltet; die Unterschiede der Spezial- und Generalexekution zeigen sich erst im Rahmen des Fortsetzungsverfahrens.⁹⁹⁷ Vor dem Hintergrund dieses Verfahrensablaufs wäre eine Beschränkung der Befugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausschliesslich die Eröffnung eines Generalexekutionsverfahrens resp. eines Insolvenzverfahrens beantragen zu

⁹⁹⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 188.

⁹⁹⁶ Vgl. KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Rz. 463.

⁹⁹⁷ Vgl. Art. 89 ff. SchKG für die Betreuung auf Pfändung, Art. 151 ff. SchKG für die Betreuung auf Pfandverwertung sowie Art. 159 ff. SchKG für die Betreuung auf Konkurs.

können, nicht sinnvoll. Eine solche Regelung müsste letztlich den Besonderheiten des schweizerischen Vollstreckungsrechts Rechnung tragen.

- 376 Durch die Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens nach SchKG auf Antrag eines ausländischen Insolvenzverwalters würde dem ausländischen Insolvenzdekret, auf das sich die Handlungsbefugnis des Insolvenzverwalters stützt, auf schweizerischem Territorium Wirkung verliehen.⁹⁹⁸ Aus diesem Grund müsste im Rahmen des Einleitungsverfahrens eine vorfrageweise Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes erfolgen. Eine solche ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch nicht zulässig,⁹⁹⁹ da die formelle Anerkennung nach Art. 166 Abs. 1 IPRG stets die Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens zur Folge hat.¹⁰⁰⁰ Solange die formelle Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes zur Eröffnung eines Sekundärkonkursverfahrens führt (wie dies auch nach dem E-IPRG vorgesehen ist¹⁰⁰¹), wird eine inzidente Anerkennung (wohl) auch im Rahmen einer künftigen Regelung nicht zulässig sein.
- 377 Eine gesetzliche Regelung müsste beispielsweise dahingehend vervollständigt werden, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter innerhalb von 10 Tagen nach der Einleitung einer Betreibung die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes verlangen müsste, andernfalls die Betreibung hinfällig würde.¹⁰⁰² Sofern fristgerecht ein Anerkennungsantrag gestellt würde, wäre das Betreibungsverfahren zu sistieren, bis die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes erfolgt ist. Im Falle einer Abweisung des Anerkennungsantrages würde die Betreibung gegenstandslos. Durch eine solche Regelung könnten die Schwierigkeiten umgangen werden, die sich daraus ergeben, dass eine inzidente Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes nicht zulässig und auch im Gesetzesentwurf nicht vorgesehen ist. Mit der Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes und der Eröffnung des Sekundärkonkursverfahrens würde die Zuständigkeit zur Vornahme von Handlungen im Rahmen des durch den ausländischen Insolvenzverwalter eingeleiteten Vollstreckungsverfahrens gegen einen (Dritt-)Schuldner auf die Sekundärkonkursmasse übergehen.

⁹⁹⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang vorstehend Rz. 176.

⁹⁹⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 64.

¹⁰⁰⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 65.

¹⁰⁰¹ Vgl. dazu vorstehend FN 828.

¹⁰⁰² Diese Regelung würde sich an die Bestimmungen zur Arrestprosequierung nach Art. 279 f. SchKG anlehnen.

Eine solche Regelung könnte aber auch Nachteile mit sich bringen, von denen nur einzelne angesprochen werden sollen. Das Verfahren auf Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes kann zeitaufwändig sein; in bestimmten Konstellationen ist jedoch die schnellstmögliche Fortsetzung der Vollstreckung für Sicherungszwecke notwendig. Aus diesem Grunde würde im Vergleich zur bestehenden Rechtslage keine wesentliche Verbesserung geschaffen, abgesehen davon, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter mit einer Betreibungseinleitung selbst die Verjährung unterbrechen könnte (Art. 135 Ziff. 2 OR). Probleme könnten sich zudem in Bezug auf die Möglichkeit ergeben, die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung zu verlangen (Art. 190 SchKG). Angesichts des Schadenspotentials, welches eine Konkurseröffnung für einen Schuldner birgt, lässt es sich nicht rechtfertigen, einem ausländischen Insolvenzverwalter die Befugnis einzuräumen, die Konkurseröffnung über einen Schuldner nach Art. 190 SchKG beantragen zu können, bevor die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes erfolgt ist. 378

Dennoch überwiegen gesamthaft die Vorteile der Gewährung einer entsprechenden Befugnis an ausländische Insolvenzverwalter. Auf der Grundlage und in Erweiterung von Art. 11 UNCITRAL-Modellgesetz ist somit die Aufnahme einer Bestimmung zu empfehlen, welche die Befugnis ausländischer Insolvenzverwalter zur Einleitung eines Geldvollstreckungsverfahrens durch Anhebung einer Betreibung nach Art. 67 SchKG sowie die Befugnis zur Einleitung einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung nach Art. 190 SchKG vorsieht. 379

B. Interventionsbefugnis

Das bestehende Recht, aber auch die vorgeschlagenen Bestimmungen des E-IPRG, sehen keine Interventionsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter in Verfahren vor schweizerischen Gerichten vor. Vor diesem Hintergrund ist zu überlegen, ob eine Regelung in das IPRG aufgenommen werden sollte, die analog zu Art. 24 UNCITRAL-Modellgesetz eine Interventionsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter in Verfahren gegen den Gemeinschuldner vor den Gerichten des Umsetzungsstaates vorsieht.¹⁰⁰³ Der UNCITRAL-Guide¹⁰⁰⁴ weist in Bezug auf Art. 24 UNCITRAL-Modellgesetz darauf hin, 380

¹⁰⁰³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 303.

¹⁰⁰⁴ UNCITRAL Guide, Rz. 207.

dass nach den Zivilprozessgesetzen vieler Länder eine Drittperson, die ein rechtliches Interesse am Ausgang eines Verfahrens zwischen zwei anderen Parteien aufweist, durch das Gericht angehört werden könne. Dies lässt darauf schliessen, dass Art. 24 UNCITRAL-Modellgesetz mit Blick auf das schweizerische Zivilprozessrecht auf die Befugnis zur Nebenintervention im Sinne von Art. 74 ff. ZPO abzielen würde.

- 381 Mit der Sekundärkonkurseröffnung geht in Verfahren über das in der Schweiz gelegene Sekundärkonkursvermögen die Prozessführungsbefugnis vom ausländischen Gemeinschuldner auf die Sekundärkonkursmasse über.¹⁰⁰⁵ Dieselbe Situation soll nach dem E-IPRG bestehen, soweit kein Verzicht auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens nach Art. 174a E-IPRG erfolgt.¹⁰⁰⁶ Es stellt sich die Frage, ob einem ausländischen Insolvenzverwalter in solchen Konstellationen (vor dem Hintergrund von Art. 166 ff. IPRG) in einem hängigen Verfahren die Befugnis zur Nebenintervention nach Art. 74 ff. ZPO zusteht. Durch die Nebenintervention erfolgt die Unterstützung einer der Hauptparteien, in der hier betrachteten Konstellation wohl in erster Linie der Sekundärkonkursmasse. Nach Art. 76 Abs. 1 ZPO kann die nebenintervenierende Person zur Unterstützung der Hauptpartei alle Prozesshandlungen vornehmen, die nach dem Stand des Verfahrens zulässig sind, insbesondere alle Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend machen sowie Rechtsmittel ergreifen. Stehen die Prozesshandlungen der nebenintervenierenden Person mit jenen der Hauptpartei im Widerspruch, so sind sie im Prozess unbeachtlich (Art. 76 Abs. 2 ZPO). Die nebenintervenierende Person kann somit nicht zum Nachteil der von ihr unterstützten Hauptpartei handeln; solche Prozesshandlungen wären unbeachtlich, ohne dass es eines Widerspruches der betreffenden Hauptpartei bedarf.¹⁰⁰⁷ Als Folge dieser Regelung kann auch ein ausländischer Insolvenzverwalter im Rahmen einer Nebenintervention keine prozessualen Handlungen vornehmen, welche die Stellung der von ihm unterstützten Sekundärkonkursmasse im Verfahren schwächen würde. Aus diesem Grunde besteht letztlich durch eine Nebenintervention auch keine Gefahr der Beeinträchtigung von Interessen etwaiger durch die Art. 166 ff. IPRG geschützter Gläubiger. In diesen Konstellationen bestehen somit keine Gründe, die ge-

¹⁰⁰⁵ Vgl. dazu vorstehend FN 45.

¹⁰⁰⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 321.

¹⁰⁰⁷ Oberhammer/Domej/Haas-DOMEJ, Art. 76 N 5; BSK ZPO-GRABER/FREI, Art. 76 N 10. Vgl. auch BK ZPO I-ZUBER/GROSS, Art. 76 N 17; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 59.

gen die Zulässigkeit der Nebenintervention durch einen ausländischen Insolvenzverwalter sprechen würden. Aufgrund der äusserst eingeschränkten Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter kann im Rahmen der bestehenden und der im E-IPRG für den Fall der Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens vorgeschlagenen gesetzlichen Bestimmungen jedoch nicht mit Sicherheit auf die Befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters zur Nebenintervention geschlossen werden. Daher würde es sich für die an dieser Stelle besprochenen Fälle anbieten, eine Bestimmung analog jener von Art. 24 UNCITRAL-Modellgesetz in das schweizerische internationale Konkursrecht aufzunehmen.

Für den Fall, dass im Rahmen einer künftigen Regelung auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens verzichtet werden kann, läge die Zuständigkeit zur Verwaltung des in der Schweiz gelegenen Vermögens des ausländischen Gemeinschuldners beim ausländischen Insolvenzverwalter. Als Folge des vorgeschlagenen Art. 174a Abs. 4 E-IPRG könnte einem ausländischen Insolvenzverwalter grundsätzlich die umfassende Prozessführungsbefugnis zustehen,¹⁰⁰⁸ womit er freilich auch zur Nebenintervention befugt wäre. Eine gesetzliche Regelung würde sich für diese Fälle erübrigen. Die gleichen Überlegungen gelten auch hinsichtlich jener Fallkonstellationen, in denen die Nebenintervention ein Verfahren betrifft, das nicht den Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG berührt.

V. Fazit

Die vorgeschlagene Öffnung des Zugangs ausländischer Insolvenzverwalter zu schweizerischen Gerichten im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG ist sehr zu begrüßen. Der diesbezügliche Revisionsbedarf und die Notwendigkeit einer Liberalisierung wurden vom Gesetzgeber erkannt.

Insbesondere die Befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters, den Verzicht auf die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens zu beantragen, kann bei Gutheissung des Antrages zu einer umfassenden Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten führen.¹⁰⁰⁹ Die Voraussetzungen für eine solche Freigabe der Pro-

¹⁰⁰⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 319 f.

¹⁰⁰⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 319 f.

zessführungsbefugnis sind jedoch im Gesetzesentwurf (noch) vergleichsweise hoch angesetzt. Dies obwohl letztlich nur das Vorhandensein pfandgesicherter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG sowie von Forderungen von Niederlassungsgläubigern nach Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG es rechtfertigen würde, die zwingende Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens vorzusehen.¹⁰¹⁰ Darüber hinaus wäre auch die Möglichkeit in Erwägung zu ziehen, die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens von einem Gläubigerantrag – der konsequenterweise nur durch Gläubiger pfandgesicherter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG sowie Niederlassungsgläubigern nach Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG gestellt werden könnte – abhängig zu machen¹⁰¹¹.¹⁰¹²

- 385 Zu berücksichtigen ist, dass auch künftig im Fall der Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens weitgehend die gleichen ungelösten Fragestellungen und Probleme bestehen bleiben werden wie nach der geltenden Rechtslage; insbesondere auch hinsichtlich der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter. So wird auch nach dem im Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Regelung ein ausländischer Insolvenzverwalter bei Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens im Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG nahezu über keine Prozessführungsbefugnis verfügen. Zudem bleibt die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG weiterhin ungeklärt.¹⁰¹³
- 386 Zur Ergänzung sowie Abänderung der mit E-IPRG vorgeschlagenen Revisionsbestimmungen würde sich im Übrigen die selektive Übernahme von einzelnen Regelungen bzw. Instrumenten der EuInsVO sowie des UNCITRAL-Modellgesetzes, freilich mit Anpassungen, anbieten.¹⁰¹⁴

¹⁰¹⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 325 ff. sowie Rz. 333 ff.

¹⁰¹¹ COURVOISIER, 2015/2016, S. 176, spricht sich im Ergebnis sogar dafür aus, dass ausländischen Insolvenzverwaltern die Prozessführungsbefugnis uneingeschränkt zustehen sollte, d.h. dass es keine Möglichkeit der Einschränkung deren Prozessführungsbefugnis als Folge der Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens mehr geben sollte.

¹⁰¹² Vgl. dazu vorstehend Rz. 338 ff.

¹⁰¹³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 352.

¹⁰¹⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 355 ff.

9. Teil: Zusammenfassung

Infolge des im internationalen Konkursrecht der Schweiz geltenden gelockerten passiven Territorialitätsprinzips können einem ausländischen Insolvenzdekret grundsätzlich nur unter den im 11. Kapitel des IPRG normierten Voraussetzungen auf schweizerischem Territorium gewisse Wirkungen verliehen werden.¹⁰¹⁵ Dies hat insbesondere zur Folge, dass für eine Aushändigung in der Schweiz gelegener Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners an einen ausländischen Insolvenzverwalter resp. an eine ausländische Insolvenzmasse ein zweistufiges Verfahren durchlaufen werden muss.¹⁰¹⁶ Zusätzlich zur Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes, wofür die Erfüllung der in Art. 166 Abs. 1 IPRG festgelegten Voraussetzungen notwendig ist,¹⁰¹⁷ hat ein rechtshilfeweises Sekundärkonkursverfahren in der Schweiz zu erfolgen (Art. 170 Abs. 1 IPRG)¹⁰¹⁸. Die Aushändigung etwaiger in der Schweiz gelegener Vermögenswerte an den ausländischen Insolvenzverwalter ist jedoch nur möglich, nachdem im Rahmen des Sekundärkonkursverfahrens allfällige bevorrechtigte schweizerische Gläubiger befriedigt worden sind (Art. 172 Abs. 1 IPRG) und der im ausländischen Insolvenzverfahren erstellte Kollokationsplan anerkannt wurde, wofür die angemessene Berücksichtigung nicht bevorrechtigter schweizerischer Gläubiger im ausländischen Verfahren Voraussetzung ist (Art. 173 IPRG).¹⁰¹⁹

Dieser zwingend einzuhaltende Verfahrensablauf hat erhebliche Auswirkungen auf die *Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten*. Ausländische Insolvenzverwalter verfügen nur über äusserst eingeschränkte Befugnisse zur Prozessführung, soweit in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners betroffen sind;¹⁰²⁰ insbesondere ist es ausländischen Insolvenzverwaltern verwehrt, Forderungen in Betreuung zu setzen oder klageweise geltend zu machen.¹⁰²¹

¹⁰¹⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60.

¹⁰¹⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 60.

¹⁰¹⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 61.

¹⁰¹⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 65.

¹⁰¹⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 67 f.

¹⁰²⁰ Vgl. zum Anwendungsbereich des 11. Kapitels des IPRG vorstehend Rz. 76 ff.

¹⁰²¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 87.

- 389 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat ausländischen Insolvenzverwaltern die folgenden prozessualen Befugnisse ausdrücklich zugesprochen:
- Befugnis, die Anerkennung eines ausländischen Insolvenzdekretes zu beantragen (Art. 166 Abs. 1 IPRG),¹⁰²²
 - Befugnis, den Erlass sichernder Massnahmen zu beantragen (Art. 168 IPRG),¹⁰²³
 - Befugnis zur Erhebung paulianischer Anfechtungsklagen (Art. 171 IPRG i.V.m. Art. 285–292 SchKG), sofern keine entsprechende Klage durch die Sekundärkonkursmasse oder durch etwaige Abtretungsgläubiger erfolgte,¹⁰²⁴
 - Befugnis zur klageweisen Geltendmachung bestrittener Forderungen bei Fehlen kollozierter Gläubiger.¹⁰²⁵
- 390 Darüber hinaus bestehen weitere Konstellationen, in denen ausländische Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten zur Prozessführung befugt sein müssen; dies betrifft die folgenden Befugnisse zur Prozessführung:
- Befugnis, die Anerkennung eines ausländischen Kollokationsplanes zu beantragen (Art. 173 Abs. 3 IPRG),¹⁰²⁶
 - Befugnis zur klageweisen Geltendmachung bestrittener Forderungen mangels einer Abtretung an die Gläubigergesamtheit oder einzelne Gläubiger,¹⁰²⁷
 - Befugnis zur Erhebung von betreibungsrechtlichen Beschwerden (Art. 17 SchKG),¹⁰²⁸
 - Befugnis zur Prozessführung in der Stellung eines Beklagten oder Gesuchsgegners,¹⁰²⁹
 - Befugnis zur Erhebung von Rechtsmitteln.¹⁰³⁰

¹⁰²² Vgl. dazu vorstehend Rz. 91.

¹⁰²³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 92.

¹⁰²⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 93 f.

¹⁰²⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 95 ff.

¹⁰²⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 101.

¹⁰²⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 102.

¹⁰²⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 103 ff.

¹⁰²⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 107 ff.

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung die Frage offengelassen, wie es sich mit der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG verhält.¹⁰³¹ Dies betrifft Sachverhalte, in denen keine in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners von der Prozessführung eines ausländischen Insolvenzverwalters erfasst sind, d.h. Verfahren vor schweizerischen Gerichten hinsichtlich Insolvenzmassforderungen sowie Verfahren bezüglich im Ausland gelegener Forderungen, für deren gerichtliche Geltendmachung ein Gerichtsstand in der Schweiz besteht.¹⁰³² 391

Die Frage des Bestandes und der Wirkungen der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter für Verfahren ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG wird durch das schweizerische Recht nicht geregelt.¹⁰³³ Diesbezüglich weist das schweizerische Recht eine echte Lücke auf.¹⁰³⁴ Diese ist dahingehend zu schliessen, dass vom grundsätzlichen Bestand der Prozessführungsbefugnis auszugehen ist;¹⁰³⁵ eine inzidente Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes, worauf der ausländische Insolvenzverwalter seine Prozessführungsbefugnis stützt, ist jedoch in analoger Anwendung der Voraussetzungen nach Art. 166 Abs. 1 IPRG notwendig.¹⁰³⁶ Im Grundsatz verfügt daher ein ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des Anwendungsbereiches des 11. Kapitels des IPRG vor schweizerischen Gerichten unter den genannten Voraussetzungen über eine uneingeschränkte Prozessführungsbefugnis;¹⁰³⁷ jedoch greifen die Bestimmungen des 11. Kapitels des IPRG, sobald in der Schweiz gelegene Vermögenswerte eines ausländischen Gemeinschuldners in das Verfahren eingebracht werden.¹⁰³⁸ Auf entsprechende Prozesshandlungen ist daher nicht einzutreten.¹⁰³⁹ 392

Hinsichtlich der *Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz* zeigt sich im Vergleich zur 393

¹⁰³⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 111 ff.

¹⁰³¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 79.

¹⁰³² Vgl. dazu vorstehend Rz. 152 ff.

¹⁰³³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 156 ff.

¹⁰³⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 158.

¹⁰³⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 162 ff.

¹⁰³⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 176 ff.

¹⁰³⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 180.

¹⁰³⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 182.

¹⁰³⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 182.

Situation vor staatlichen Gerichten ein abweichendes Bild.¹⁰⁴⁰ Als Folge davon, dass sich der Bestand der Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz aus schweizerischer Perspektive nach der *lex fori concursus* richtet, ist für die Frage des Bestandes der Prozessführungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters nicht schweizerisches Recht anwendbar.¹⁰⁴¹ Daher stellt sich auch die Frage der Anwendbarkeit des 11. Kapitels des IPRG nicht. Aber auch wenn der Bestand der Prozessführungsbefugnis nach schweizerischem Recht zu beurteilen wäre, würde das 11. Kapitel des IPRG und die damit einhergehenden Einschränkungen als Folge der Autonomie des für internationale Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz zur Anwendung gelangenden 12. Kapitels des IPRG keine Anwendung finden.¹⁰⁴² Auf die Vollstreckung eines Schiedsspruches eines Schiedsgerichtes mit Sitz in der Schweiz ist aber wiederum das 11. Kapitel des IPRG anwendbar.¹⁰⁴³ Dies hat zur Folge, dass ein ausländischer Insolvenzverwalter die Vollstreckung eines Schiedsspruches in der Schweiz nicht einleiten kann.¹⁰⁴⁴ Eine Vollstreckung kann nur nach dem in den Art. 166 ff. IPRG vorgesehenen Verfahren erfolgen.¹⁰⁴⁵

- 394 Die EuInsVO/aEuInsVO, die vom Grundsatz der modifizierten Universalität ausgeht¹⁰⁴⁶, enthält zahlreiche Regelungen, die direkt von der Prozessführungsbefugnis erfasste prozessuale Befugnisse von Insolvenzverwaltern ausserhalb des Insolvenzeröffnungsstaates für die EU-interne Prozessführung von Insolvenzverwaltern festlegen.¹⁰⁴⁷ Für den Geltungsbereich der EuInsVO/aEuInsVO sind dabei Hauptinsolvenzverwalter, vorläufige Hauptinsolvenzverwalter und Territorialinsolvenzverwalter, Letztere in der Form von Partikular- und Sekundärinsolvenzverwaltern, zu unterscheiden.¹⁰⁴⁸ Diese Unterscheidung hat Einfluss auf die *Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter nach der EuInsVO/aEuInsVO*. So decken sich die Befugnisse zur Prozessführung insbesondere von Haupt- und Territorialin-

¹⁰⁴⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 193 ff.

¹⁰⁴¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 204 ff.

¹⁰⁴² Vgl. dazu vorstehend Rz. 211 ff.

¹⁰⁴³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 217 sowie Rz. 219.

¹⁰⁴⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 217 sowie Rz. 219.

¹⁰⁴⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 217 ff.

¹⁰⁴⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 225.

¹⁰⁴⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 233 ff.

¹⁰⁴⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 227.

solvenzverwaltern nicht.¹⁰⁴⁹ Für Haupt- und vorläufige Hauptinsolvenzverwalter bestehen namentlich als Folge der Neufassung der Verordnung Befugnisse in der Form von Antrags-, Widerspruchs-, Anfechtungs- resp. Rechtsmittelbefugnissen.¹⁰⁵⁰ Dabei entsprechen die Befugnisse zur Prozessführung von vorläufigen Hauptinsolvenzverwaltern (wohl) weitgehend jenen von Hauptinsolvenzverwaltern.¹⁰⁵¹ Territorialinsolvenzverwaltern stehen zusätzlich zu einer Antragsbefugnis insbesondere Klagebefugnisse zu.¹⁰⁵²

Das *UNCITRAL-Modellgesetz*, das wie die EuInsVO von der modifizierten 395 Universalität ausgeht¹⁰⁵³, legt hinsichtlich der *Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter* im Umsetzungsstaat vorwiegend Antragsbefugnisse fest.¹⁰⁵⁴ Hervorzuheben ist diesbezüglich die Befugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters, die Eröffnung eines inländischen Insolvenzverfahrens im Umsetzungsstaat zu beantragen (Art. 11 UNCITRAL-Modellgesetz).¹⁰⁵⁵ Daneben gewährt das Modellgesetz ausländischen Insolvenzverwaltern im Umsetzungsstaat aber auch die Befugnis, paulianische Anfechtungsklagen zu erheben (Art. 23 Abs. 1 UNCITRAL-Modellgesetz)¹⁰⁵⁶ sowie die Befugnis, in jedem Verfahren, in dem der ausländische Gemeinschuldner im Umsetzungsstaat Partei ist, zu intervenieren (Art. 24 UNCITRAL-Modellgesetz)¹⁰⁵⁷.

Im Rahmen der derzeitigen Revisionsbestrebungen enthält der *Gesetzesentwurf* zur Änderung der Art. 166–175 IPRG unter anderem Anpassungen 396 hinsichtlich der *Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter vor schweizerischen Gerichten*.¹⁰⁵⁸ In Anlehnung an die bereits für das BankG, KAG, VAG, BEHG und FinfraG geltende Regelung soll künftig auf Antrag eines ausländischen Insolvenzverwalters auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens verzichtet werden können, sofern die in Art. 174a Abs. 1 und 2 E-IPRG normierten Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁴⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 234 ff. sowie Rz. 277 ff.

¹⁰⁵⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 234 ff. sowie Rz. 266 ff.

¹⁰⁵¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 234 ff. sowie Rz. 266 ff.

¹⁰⁵² Vgl. dazu vorstehend Rz. 277 ff.

¹⁰⁵³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 288.

¹⁰⁵⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 296 ff.

¹⁰⁵⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 296.

¹⁰⁵⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 302.

¹⁰⁵⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 303.

¹⁰⁵⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 308 ff.

¹⁰⁵⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 315 ff.

Ein etwaiger Verzicht auf die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens hätte zur Folge, dass der ausländische Insolvenzverwalter unter Beachtung des schweizerischen Rechts sämtliche Befugnisse ausüben dürfte, die ihm nach dem Recht des Staates der Insolvenzeröffnung zustehen (Art. 174a Abs. 4 E-IPRG).¹⁰⁶⁰ Der ausländische Insolvenzverwalter dürfte als Folge davon insbesondere (auch) betreffend das ihm zur Verfügung gestellte Vermögen vor schweizerischen Gerichten Prozesse führen (Art. 174a Abs. 4 E-IPRG).¹⁰⁶¹ Die vorgeschlagene Neuregelung würde im Falle des Verzichts auf die Durchführung des Sekundärkonkursverfahrens daher zu einer umfassenden Prozessführungsbefugnis des ausländischen Insolvenzverwalters vor schweizerischen Gerichten führen.¹⁰⁶² Obschon die Revisionsbestrebungen zu begrüßen sind, ist die Ausgestaltung der mit Art. 174a E-IPRG vorgeschlagenen Regelung aufgrund verschiedener Überlegungen nochmals zu überdenken.¹⁰⁶³

- ³⁹⁷ Es bleibt zu hoffen, dass die Revisionsbestrebungen erfolgreich sein werden und der E-IPRG in Bezug auf die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter mit den hier angeregten Änderungen Gesetz wird. Insbesondere sollte die Bevorrechtigung privilegierter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. b E-IPRG fallen gelassen werden.¹⁰⁶⁴ Die vorgeschlagene Möglichkeit des Verzichts auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens (Art. 174a Abs. 1 E-IPRG) sollte daher ausschliesslich vom Bestehen pfandgesicherter Forderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. a E-IPRG sowie Niederlassungsforderungen nach Art. 172 Abs. 1 lit. c E-IPRG abhängig sein.¹⁰⁶⁵ Überdies sollte für das Verzichtsantragsverfahren nach Art. 174a Abs. 1 und 2 E-IPRG auch auf die geforderte Prüfung der angemessenen Berücksichtigung schweizerischer Drittklassgläubiger im ausländischen Verfahren verzichtet werden.¹⁰⁶⁶ Nicht ausser Acht zu lassen ist auch die Möglichkeit des grundsätzlichen Verzichts auf die Durchführung eines Sekundärkonkursverfahrens, d.h. eine Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses.¹⁰⁶⁷ Zudem sollte die unsichere Rechtslage hinsichtlich der

¹⁰⁶⁰ Vgl. dazu vorstehend Rz. 319.

¹⁰⁶¹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 319.

¹⁰⁶² Vgl. dazu vorstehend Rz. 319.

¹⁰⁶³ Vgl. dazu vorstehend Rz. 323 ff.

¹⁰⁶⁴ Vgl. dazu vorstehend Rz. 327 ff.

¹⁰⁶⁵ Vgl. dazu vorstehend Rz. 325 ff.

¹⁰⁶⁶ Vgl. dazu vorstehend Rz. 333 ff.

¹⁰⁶⁷ Vgl. dazu vorstehend Rz. 338 ff.

Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter ausserhalb des 11. Kapitels des IPRG durch eine gesetzliche Regelung geklärt werden.¹⁰⁶⁸ In Ergänzung resp. Abänderung des E-IPRG ist schliesslich die selektive Übernahme von Regelungen der EuInsVO und des UNCITRAL-Modellgesetzes in Erwägung zu ziehen, um auch nach dem Gesetzesentwurf bestehende Regelungslücken zu schliessen.¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁸ Vgl. dazu vorstehend Rz. 352 ff.

¹⁰⁶⁹ Vgl. dazu vorstehend Rz. 355 ff.